

القانون التجاري الدولي

العمليات المصرفية الدولية

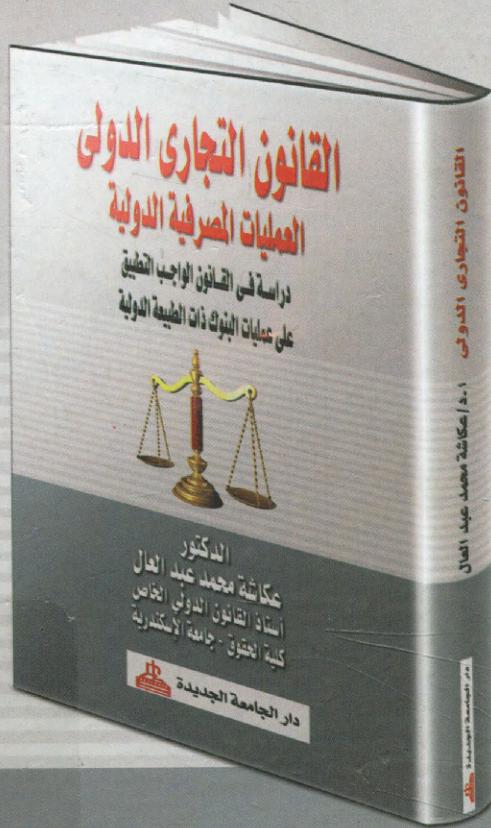
دراسة فى القانون الواجب التطبيق
على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية



الدكتور
عكاشة محمد عبد العال
أستاذ القانون الدولي الخاص
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية



دار الجامعة الجديدة



دار الجامعة الجديدة

٣٨-٤٠ ش سوتير - الازاريطه - الاسكندرية

تليفون: ٤٨٦٣٦٢٩ - فاكس: ٤٨٥١١٤٣ - تليفاكس: ٤٨٦٨٠٩٩

Email: darggalex@hotmail.com

www.darggalex.com info@darggalex.com



دار الجامعة الجديدة للنشر

٤٨٦٨٠٩٩ - ٤٨٦٣٦٢٩ : الأرقام الإسكندرية ت : ٣٨ شارع سونير - الأزاريطة الإسكندرية ت :

E-mail. : darelgamaaelgadida@hotmail.com

www.darggalex.com info@darggalex.com

القانون التجارى الدولى

العمليات المصرفية الدولية

دراسة فى القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك
ذات الطبيعة الدولية

دكتور

عكاشة محمد عبد العال

أستاذ القانون الدولى الخاص

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

2012



دار الجامعة الجديدة

٤٠-٣٨ ش سوتير - الأزاريطة - الإسكندرية

تليفون: ٤٨٦٣٦٢٩ فاكس: ٤٨٥١١٤٣ تليفاكس: ٤٨٦٨٠٩٩

E-mail: darelgamaaelgadida@hotmail.com

تقديم الطبعة الثانية

عشرون عاماً تقريباً أنصرت على إعداد الطبعة الأولى من هذا المؤلف تغيرت فيها أمور وتبدلت أحوال، داهمتنا خلالها الأيام بكروب شتى، وكم فعلت، وقرت علينا وكم قست. ومع ذلك كم كانت، رغم هذا كله، رحيمة في قسوتها. بأكف ناعمة نثرت علينا برداً وسلاماً، فما كان الكرب كرباً، وما كان الضيق ضيقاً "فمن يتقى الله يجعل له مخرجاً". فمع كل كرب يقع كانت تتسع جوانب أخرى من الحياة فى الصحة والولد. وهكذا مضت سنون طويلة، رتيبة حيناً، عجلة أحياناً. وبين هذه الرتابة وتلك العجلة استيقظ المرء على "خيط دخان".

وبعد الخروج من الزحمة وجدنتى أعود سيرتى إلى البحث والتأليف. وقد رأيت أن من الواجب أن أبداً أولاً بمراجعة ما كتبت فكان أن أعدت طباعة "تنازع القوانين فى الأوراق التجارية". وعاهدت نفسى أن أعيد النظر فى كل ما كتبت أملاً من بعد ذلك أن أتفرغ لتكملة كتاب "التحكيم فى العلاقات الخاصة الداخلية والدولية" ذلك المؤلف الذى كان لى شرف تأليفه فى طبعته الأولى مع أستاذى وصديقى العالم الإنسان مصطفى محمد الجمال. هذا الرجل الذى تعنت منه الكثير ونهلت من عطائه الفياض وعلمه الغزير فحق على أن أردد له بعضاً من فضله وأبعث له سلاماً، سلاماً يوم ولد، وسلاماً يوم مات وسلاماً يوم يقرأ كتابه فليقاه منشوراً بكل عطايه التى قدمها فى خفاء. سلاماً يا صاحب النفس المطمئنة الراضية المرضية.

وبعد،

ها أنا ذا أعيد طباعة هذا المؤلف بعد أن أضفت إليه كل جديد. ناقشت فى هدوء الانتقادات التى وجهها البعض لجانب من الأفكار التى قدمناها والتى

استفدت منها فعلا خاصة ماكتبه الأستاذ النابه أميه علوان^(١)، ومداركا لما تضمنته الطبعة الأولى من نقص هو سمة العمل الإنساني.
مرة أخرى، أرجو أن يأتي هذا المؤلف - في طبعته الثانية - ليضيف جديداً إلى ما قدمناه في الطبعة الأولى، والله المستعان.

عكاشة محمد عبد العال

الإسكندرية ٢٠١١/٧/١٠

(١) Elwan. Omia, La loi applicable à la grantie bancaire à première demande, (1)
Recueil des Cours, 275 (1998), P. 14 et ss.

مقدمة

تقوم البنوك - على المستوى الداخلى - بوظيفة هامة فى الاقتصاد القومى هى وظيفة توزيع الائتمان، فتتلقى الودائع النقدية من المدخرين بفائدة معينة وتعاود استخدامها فى صورة قروض تمنحها لمن يطلبها. وهى بذلك تعمل كوسيط بين المدخرين والمستثمرين أى بين المقرضين والمقترضين وبين عرض النقود وطلبها، فتزود المشروعات بالأموال اللازمة لإنشائها وتنميتها، وتساعد بذلك على تمويل التجارة والصناعة وتنشيط الاقتصاد القومى^(١).

وعادة ما تقوم المصارف بعمليات متنوعة هى التى تسمى بعمليات البنوك، مثل قبول الودائع النقدية، والنقل المصرفى، والوفاء بالشيكات، وفتح الحسابات، وفتح الاعتمادات والكفالة وخصم الأوراق التجارية، وتحصيلها، والعمليات على الأوراق المالية، والعمليات على السندات الممثلة للبضائع، وعمليات الصرف، وتأجير الخزائن الحديدية وغيرها من الأعمال العديدة التى هى من خلق العادات والأعراف التجارية المتجددة والمتطورة فى هذا الميدان.

ولا يوجد لدى غالبية التشريعات، تحديد دقيق للعمليات المصرفية، كما لا يوجد ثمة معيار فنى لتحديد ماهية العمل المصرفى. ثمة وحسب تعداد يتطور

(١) أنظر فى ذلك فى القانون الداخلى الدكتور مصطفى طه، القانون التجارى. ١٩٨٨، ص ٤٥٥؛ وما بعدها، الدكتور على جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ١٩٨٩، ص ٥ وما بعدها، الدكتور محمد حسنى عباس، عمليات البنوك، دار النهضة العربية، ١٩٧٢، ص ٣ وما بعدها، الدكتورة سميحة القليوبى، الأسس القانونية لعمليات البنوك، مكتبة عيش شمس، ١٩٩٢، ص ٧، وما بعدها، الدكتور حسنى المصرى، عمليات البنوك، ١٩٨٧، ص ٣ وما بعدها، الدكتور مراد فهميم، القانون التجارى، العقود التجارية وعمليات البنوك، منشأة المعارف، ١٩٨٢، ص ١٦٩ وما بعدها، الدكتور عبد الفضيل محمد أحمد، القانون التجارى (العقود التجارية - الإفلاس - عمليات البنوك) مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ١٩٩١، ص ٣٥٠ وما بعدها، الدكتور على الباردى والدكتور محمد فريد العريبنى، القانون التجارى - العقود التجارية والعمليات المصرفية وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١.

بتطور الظروف، شأنه شأن معظم الأنشطة التجارية. ولذلك كان المرجع فى بيان هذه الأعمال هو العرف.

وفى مصر نجد أن قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ قد حوى تعداداً لبعض هذه العمليات. فبعد أن نصت المادة ٣٠٠ من هذا القانون على أنه "مع مراعاة ما تقرره الفقرة الثالثة من المادة ٣٦١ من القانون، تسرى أحكام هذا الباب (الباب الثالث) على العمليات التى تعقدتها البنوك مع عملائها، أورد المشرع عدة عمليات مصرفية، منها وديعة النقود (المواد من ٣٠١ - ٣٠٩) ووديعة الصكوك (المواد من ٣١٠ - ٣١٥) وتأجير الخزائن (المواد من ٣٩٦ - ٣٢٣) ورهن الأوراق المالية (المواد من ٣٢٤ - ٣٢٨) والنقل المصرفى (المواد من ٣٢٩ - ٣٣٧) والاعتماد المستندى العادى (المواد من ٣٣٨ - ٣٤٠) والاعتماد المستندى (المواد من ٣٤١ - ٣٥٠) والخصم (المواد من ٣٥١ - ٣٥٤) وخطاب الضمان (المواد من ٣٥٥ - ٣٦٠) والحساب الجارى (من ٣٦١ - ٣٧٧).

والعمليات التى أوردتها التقنين التجارى الجديد هى محض تعداد لأشهر العمليات. فهى ليست واردة فى القانون على سبيل الحصر. فليس فى نصوص القانون ما يفيد حصريتها. بل إن العكس هو الصحيح. حيث إن صياغة نص المادة ٣٠٠ بقولها: "تسرى أحكام هذا الباب على العمليات التى تعقدتها البنوك مع عملائها" يستفاد منها أن هذه العمليات وردت على سبيل المثال. فلفظ العمليات جاء عاماً مرسلأ يطول العمليات التى أوردتها المشرع كما يشمل غيرها.

والدور الذى تؤديه البنوك على المستوى الدولى دور حيوى وجوهرى. وكلما زادت حركة التبادل التجارى عبر الحدود كلما زادت نشاطات البنوك واتسع مجال ممارستها لنشاطاتها المختلفة. فضلاً عن ذلك فإن البنوك تبسط نشاطها المصرفى خارج الحدود فى شكل تواجد فعلى يتم فى شكل فروع أو مكاتب تمثيل تدرس السوق التجارى فى الدول الأجنبية. فمن غير المتصور

عقلاً أن تقصر البنوك نشاطها وعملياتها على إقليم الدولة التي تعمل فيها. فهي لا تكتفى بأن تفتح لها منافذ في الخارج وإنما الملاحظ أن جزءاً من العمليات التي تقوم بها له صفة الدولية. فهناك عمليات مصرفية دولية بحسب موضوعها كما هو الحال بالنسبة لعمليات فتح الاعتمادات المستندية، وعمليات التحويل أو النقل المصرفي ذات الطبيعة الدولية. ويضاف إلى هذه العمليات تلك التي تنفذها المصارف القائمة في مصر لحساب عميل أجنبي، وهي عمليات من المتصور تعددها وتنوعها في الوقت الحالي. فقد يحدث أن تقوم البنوك في مصر بعمليات تحصيل أو عمليات وفاء لحساب مصارف أو مؤسسات أو أشخاص عاديين من جنسيات أجنبية أو مقيمين في الخارج.

ويغلب من الناحية العملية أن تكون العمليات المصرفية التي تقوم بها البنوك عمليات ذات طبيعة دولية. والحال كذلك فإن أول ما يتبادر للذهن أنها عمليات تعد بمثابة ميدان خصب لثوران حالات التنازع بين القوانين الوطنية. بيد أن الواقع العملي على غير ذلك. فالحادث عملاً أن حالات التنازع بين القوانين التي تثور في هذا الميدان قليلة لا تتناسب البتة وحجم هذه العمليات واتساع نشاط البنوك في ممارستها لها. لكن كيف يمكن تفسير ذلك، حالات التنازع قليلة ونشاطات البنوك ذات الطبيعة الدولية عبر الحدود عديدة ومتنوعة؟. الواقع أن ثمة أسباباً اقتصادية وتجارية وقانونية هي وحدها التي تفسر هذا اللاتناسب المذكور.

فالحادث عملاً أن معظم العمليات المصرفية الدولية تتم بين بنوك. فمن يرغب من الأفراد العاديين في إبرام عملية مصرفية دولية لا يتدخل مباشرة في إبرام هذه العملية. فإذا ما احتاج مصري مثلاً إلى الحصول على خدمة مصرفية من بنك في الخارج فإن ما يحدث عادة هو ألا يتوجه هذا الشخص إلى هذا البنك الأجنبي الموجود في الخارج ليبرم معه العملية المصرفية، وإنما يقوم بمخاطبة مصرف محلي، أي مصرف موجود في مصر، فيقوم هذا الأخير بمخاطبة فرع

له أو بنك وليد تابع أو مراسل موجود فى الخارج، أى فى الدولة التى يريد فيها العمل إتمام العملية المصرفية الدولية.

قصة حالات التنازع فى هذا الميدان:

ولا شبهة فى أن جريان الأمر على أن تتم العلاقات - فى الغرض الغالب - مباشرة بين البنوك أمر له أهميته من الناحية الواقعية على حجم المنازعات التى يتصور حدوثها فى نطاق القانون الدولى الخاص. فالمنازعات ستكون عندئذ لا شك قليلة. وتفسير ذلك يتوطن فى جملة اعتبارات لا يمكن إنكارها.

(١) فعادة البنوك تجرى على محاولة النأى بقدر الإمكان عن التقييد بالقوانين الوضعية فى الدول التى تكون على اتصال بالعلاقة، وعادة ما تحتكم البنوك إلى عادات وممارسات عملية مصرفية سائدة فى القانون المقارن يجرى عليها عمل البنوك فى النطاق المصرفى. ويقدر ما تبعد البنوك عن الإمتثال لأحكام القوانين الوضعية بقدر ما تنأى فى عين الوقت عن مسألة التنازع بين القوانين فى خصوص العمليات المصرفية الدولية.

(٢) إلى ذلك تنضم حجة أخرى لها، فى هذا المجال، وزنها وفيمتها. حين يكون النزاع بشأن عملية مصرفية دولية بين بنوك فإنه يمكن وصف هذا النزاع بأنه نزاع بين "أولاد الذوات" الذين يحرصون على تسوية منازعاتهم بالطرق الودية ولا يرغبون أبداً فى كشف خبايا دخليتهم ونشر أخبارهم مضغة فى أفواه المتربصين. فالبنك الدائن اليوم هو مدين غداً، ومن جنح للسلم اليوم ولجأ لطريق التسوية الودية، سيكون هو نفسه غداً فى مركز المدين، وما تنازل عنه بالأمس بمقتضى الحل الودى، يعود إليه عبر ذات الطريق وينفس روح الود. ولنن بآء طريق الحل الودى بالفشل، فإنهم يكرهون - بطبيعة عملهم - اللجوء إلى القضاء مفضلين عليه طريق التحكيم التجارى الدولى خاصة وأن المحكم غالباً ما يطبق قواعد وأعرافاً دولية مستقرة، عادة ما تكون معروفة لديهم سلفاً ويأتى الحل، من ثم، متفقاً تماماً وتوقعاتهم.

(٣) ويضاف إلى ما تقدم عوامل أخرى ساعدت على قلة حالات تنازع القوانين في هذا المجال. فالعمليات المصرفية محكومة في الغالب بقواعد وأعراف مشتركة بين الدول، وما تبناه المشرعون من هذه الحلول لا يعدو أن يكون تقنياً لهذه الأعراف وتلك القواعد المستقرة. ولعل هذا الاعتبار قد أوجد نوعاً من التماثل، عند سائر التشريعات، في القواعد التي تحكم هذه العمليات، كما أن هناك بعض العمليات البنكية، مثل الاعتمادات المستندية تنظمها قواعد وأعراف موحدة بين الدول، وهو ما يعنى أن حالات تنازع القوانين المتصورة بشأنها تكون قليلة ومحصورة. علاوة على ذلك، فإن خبرات البنوك في هذا المجال عادة ما تكون قديمة وكبيرة، وهي خبرات أكسبت البنوك طبيعة الحذر والتحوط في تعاقدها مع الأعيان، وتجرى من ثم عاداتها على وضع عقود موحدة سلفاً صاغها خبراء ومتخصصون.

ما تقدم لا يمنع من قيام ظاهرة تنازع القوانين:

على أن ما تقدم لا يعنى أبداً أن التنازع بين القوانين غير متصور ثورانه في شأن العمليات المصرفية الدولية، أو أنه تنازع - إن ثار - يكون عديم القيمة والفائدة من الناحية الواقعية. التنازع متصور، وله أهميته للأسباب التالية:

(١) فمن المعلوم أن القانون يظل ساكناً إلى أن يوضع موضع الأعمال متى ثارت المنازعات التي تخضع لحكمه. وفي خصوص النشاطات البنكية يتركز جل اهتمام المتعاملين في هذا الميدان، بصفة جوهرية، على معرفة القانون الذي يحمى توقعاتهم. وبطبيعة الحال لا يتأتى بلوغ هذه الغاية إلا إذا حددنا القانون الواجب التطبيق على هذه العمليات.

(٢) يضاف إلى ذلك أن تحديد القانون الواجب التطبيق هو عملية أولية ذهنية لازمة وضرورية لكل مسألة ذات طبيعة دولية يراد لها البحث عن حل. هذا المبدأ عام لا تبته قيمته حتى في الفروض التي يبحث فيها الأفراد عن حل لمنازعاتهم بالطرق الودية، ذلك أن المتعامل في سوق التجارة الدولية لا يكل

أبداً عن السعي حثيثاً للوقوف على مدى ماله من حقوق قبل أن يتنازل عن جزء منها بمقتضى حل ودى. وبطبيعة الحال فإن الوقوف على مضمون حقوقه تلك لا يتحدد إلا إذا عرفنا الحل الذى يرصده القانون الواجب التطبيق على المنازعة المراد تسويتها ودياً^(١).

خصوصية العمليات المصرفية وأثرها:

متى أوضحنا ما تقدم أصبح باب الحديث عن تنازع القوانين فى نطاق العمليات المصرفية مفتوحاً - لكن السؤال: هل لهذه العمليات خصوصية تنفرد بها؟ وهل ثمة قواعد يمكن أن تنظم أحكامها فى القانون المصرى؟

لا شبهة فى أن عمليات البنوك تندرج فى عداد العقود العادية التى ينظمها كالوديعة والقرض والتأجير وحوالة الحق والرهن. "ولكن عمليات البنوك تظل متميزة عن العقود المدنية محتفظة بأصالتها بفضل الأدوات الفنية التى تستخدمها البنوك فى تسوية هذه العمليات وتنفيذها كالحسابات المصرفية"^(٢).

إن العمليات المصرفية فى غالبيتها عقود، ومن هذه الزاوية فإنها قد تمتثل على الأقل فى جانب منها لمبدأ قانون الإرادة الذى قننه المشرع المصرى فى المادة ١٩ مدنى. لكنها - من جانب آخر - عقود لها طبيعة خاصة تعمل على مقتضى "فنيات" وأدوات معينة، ومن هنا فإنه يتعين على الباحث أن ينبش القريحة وأن يستلهم من روح هذه الخصوصية الأحكام والقواعد التى تلائم طبيعة هذه العقود.

Mattout (J. P.). Droit Bancaire international. La revue Banque, 1987, N° 7. (١)
P. 40.

ولعله لذلك ذهبت محكمة النقض الفرنسية فى ٦ فبراير ١٩٧٣ إلى نقض حكم محكمة استئناف باريس الصادر فى ١٤ يناير ١٩٧١. «غفلاً» البحث فى مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على الوديعة المصرفية من قبل أن تضطلع بتحديد الوفاء المبررى من جانب المودع لديه. راجع هذا الحكم منشوراً فى clunet، ١٩٧٥، ص ٦٦ مع تعليق B. Audit

(٢) الدكتور مصطفى كمال طه، المرجع السابق، فقرة ٥١٧ ص ٤٥٨.

وفضلاً عما تقدم فإن هناك كثيراً من جوانب العمليات المصرفية يمكن تكيفها على أنها التزامات بالإرادة المنفردة أنشأها العرف التجاري. هذه الالتزامات الإنفرادية، هل تخضع لحكم المادة ١/١٩ مدني، أم أن لها خصوصية تجعلها تتأبى على الخضوع لحكمها؟ وإذا كان الحال كذلك - فرضاً - فما هو القانون الذي تخضع له؟

وهكذا يتسع مجال الاجتهاد بشأن تحديد القانون الذي يحكم العمليات المصرفية الدولية، وتتسع معه رحاب الخلق والإنشاء في محاولة هي الأولى من نوعها في الفقه العربي - في حدود علمنا - التي تتصدى لهذه الدراسة في تفصيل وتاصيل.

وأياً كان الأمر، فإنه يجب على الباحث أن يضع في مقدمة ذهنه، عند تصديه لهذا الموضوع، نقاطاً جوهرية ينطلق منها في التحليل: عند البحث عن القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية. ثمة عوامل فنية لها دور مؤثر في تحديد هذا الاختيار. فالمعطيات الفنية التي يجب على البنك أن ينزل على حكمها، وأن يعمل على مقتضاها تؤثر على حرية الاختيار المتاحة متى بدا عدم ملاءمة هذا الاختيار لطبيعة هذه العمليات والدور المالي والاقتصادي التي تؤديه. يضاف إلى ذلك، أنه عند التصدي للعمليات المصرفية تكون بصدد قانون مهني، قانون اقتصادي يفرض على المصارف الإمتثال لمجموعة من القواعد الصارمة والملازمة. فالمشرع الوطني دائماً ما يحيط العمليات المتعلقة بالانتماء بقيود وأوامر تضيء على هذه القوانين صفة قوانين البوليس ذات التطبيق الأمر والضرورة. هذا التدخل الواسع من جانب الدولة في هذا الميدان له تأثير على العمليات المصرفية الدولية من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق.

وإذا كان موضوع هذه الدراسة يدور حول القانون الواجب التطبيق على العمليات البنكية الدولية فإننا نسارع بالقول أنه يخرج من نطاق البحث

أمران: الأوراق التجارية والقانون الذى يحكمها موضوعاً وشكلاً وأشار^(١)، وكذلك القانون الذى يحكم عمليات البورصة^(٢)، فالأول خصصنا له دراسة مستفيضة كان لها أثرها فى التعديلات التى أدخلها المشرع المصرى فى مادة تنازع القوانين فى الأوراق التجارية فى القانون التجارى الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩. أما الثانى فإننا نأمل أن نخصص له دراسة مستقلة بإذن الله.

نخلص مما تقدم إلى أن عمليات البنوك تعد فى غالبيتها بمثابة عقود عالية ولكن لها طبيعة خاصة، كما أن لبعض جوانب هذه العملية صفة الالتزامات بالإرادة المنفردة. هذا التحديد يقتضى منا أن نعرض لدراسة هذا الموضوع فى أبواب ثلاثة:

الأول: ونخصمه لدراسة "قانون الإرادة" بوصفه القانون الذى يحكم العقود.

والثانى: ونعالج فيه القانون الذى يحكم عمليات البنوك بما لها من خصوصية.

والثالث: ونعرض فيه لعدة تطبيقات للعمليات المصرفية الدولية.

(١) أنظر مؤلفنا فى تنازع القوانين فى الأوراق التجارية، دراسة مقارنة فى القانون المصرى وبعض التشريعات العربية وادة لبيبات جنيف لسنة ١٩٣٠ و١٩٣١، الدار الجامعية - بيروت ١٩٨٨.

(٢) فى تحديد القانون الواجب التطبيق على عمليات البورصة اقرأ: Stoufflet (J.) Bourses et operations de Bourse. J. cl. Int, Fasc. 566 C. وقرأ فى القانون الداخلى مؤلف الدكتور عبد الفضيل محمد أحمد، بورصات الأوراق المالية، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، (غير منكور فيه سنة الطبع).

الباب الأول قانون الإرادة يحكم العقود الدولية

تجمع التشريعات على اختلاف مذاهبها^(١) على إخضاع عقود المعاملات المالية الدولية في جانبها الموضوعي^(٢) لما يسمى "بقانون الإرادة". ومضمون مبدأ قانون الإرادة أن يكون لأطراف العقد حرية اختيار القانون الذي يحكم عقدهم. وتبنى التشريعات لهذا المبدأ معناه أنها لم تقم وزناً للمطاعن التي قيل بها في حق هذا "المبدأ"^(٣).

(١) وإعمال قانون الإرادة مقرر في التشريعات العربية، من ذلك المادة (٢٠) من القانون المدني الأردني لسنة ١٩٧٦، والمادة (٥٩) من القانون الكويتي لسنة ١٩٦١، والمادة (١٨) من القانون المدني الجزائري لسنة ١٩٧٥، والمادة (٢٢) من القانون المدني السوري، والمادة (٢٥) من القانون المدني العراقي، والمادة (١٩) من القانون المدني الليبي. كما نرى هذا الحل مقنناً في الكثير من التشريعات الأجنبية الحديثة. من ذلك القانون التشيكوسلوفاكي لسنة ١٩٦٣ (٩م) والقانون البولندي لسنة ١٩٦٥ (٢٥م) والقانون البرتغالي لسنة ١٩٦٦ (٤١م) والقانون المدني الأسباني المعمول به من أول يناير ١٩٨٦ (٢٧م) والقانون المجري لسنة ١٩٧٩ (١١٧م) والقانون الألماني الجديد لسنة ١٩٨٦ (٢٧م) والقانون المجري لسنة ١٩٧٩ (٢٤م) والقانون التركي لسنة ١٩٨٢ (٢٤م). كما قننته اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ (١/٣) وأصبح معمولاً بحكمه عند التشريعات التي انضمت إلى الاتفاقية ونفذتها في تشريعاتها الداخلية مثل فرنسا وإنجلترا.

وهذا المبدأ أعمله القضاء الفرنسي في تواتر منذ حكم محكمة النقض الفرنسية في ٥ ديسمبر ١٩١٠ (منشور في Siry ١٩١١ - الجزء الأول ص ١٢٩ مع تعليق ليون كان) وأقره القضاء الإنجليزي في تواتر - أنظر في تفاصيل ذلك: دايسى - موريس، تنازع القانونين - الطبعة التاسعة ١٩٧٣، القاعدة ١٤٦ وما بعدها، ص ٧٢١ وما بعدها، موريس، تنازع القوانين، الطبعة الثانية ١٩٨٠، ص ٢٠٩ وما بعدها. كما كرست ذات المبدأ العديد من الاتفاقيات الدولية. من ذلك اتفاقية لاهاي المبرمة في ١٥ يونيو ١٩٥٥ والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنفولات المادية، واتفاقية لاهاي المبرمة في ١٤ مارس ١٩٧٨ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على النيابة وعقود الوساطة.

(٢) ونرى أن من الأفضل استعمال مصطلح "عقود المعاملات المالية الدولية" أو "عقود التجارة الدولية" بدلاً من اصطلاح "العقود التجارية الدولية".

(٣) اقرأ في هذه الانتقادات تفصيلاً والرد عليها في فرنسا:

وإذا كان المبدأ في ذاته محل تسليم إلا أن الخلاف قد ثار بشأن مدى ما للأطراف من حرية في هذا الشأن. فأنصار المذهب الشخصي يرون أن للأفراد حرية مطلقة في هذا الاختيار مع ما يترتب على ذلك من نتائج أهمها: (١) أن اندماج القانون في العقد يعنى نوبان الأول في الثانی وانصهاره فيه فيصير شرطاً من شروطه. (٢) ليس بالضرورة أن يخضع العقد لقانون معين، فقد يكون العقد بذلك طبقاً *Sans loi*. (٣) ليس بشرط أن تكون ثمة صلة بين القانون المختار والعقد ولو من أي نوع. (٤) لا حرج إن مزج الأطراف بين أكثر من قانون لاستخلاص نظام قانوني عام يخضع له العقد في مجموعه، أو أن يتم إخضاع كل جزء من أجزائه لقانون مختلف مع ما يترتب على ذلك من تجزئة للعقد.

على النقيض من المذهب الشخصي يرى أنصار المذهب الموضوعي أن ليس في مقدور الإرادة أن تحرر العقود الدولية من سلطان القانون أو أن تخرجها من إطار التنزع. إن جل دورها ينحصر في إخضاع العقود لحكم القانون. وبما أن المتعاقدين يستمدون سلطانهم في اختيار القانون الذي يحكم العقود الدولية من إرادة المشرع نفسه التي تفوضهم في هذه السلطة، فإنه لا يتصور أن تأتي حرية الاختيار المتاحة لهما طليقة من كل قيد.

وأياً كان الجدل حول اعتناق أحد هذين المذهبين، فإن هناك اتجاهات حديثة قد حاولت أن توفق بينهما على نحو أو آخر. من ذلك نظرية التركيز ونظرية الثنائية.

ونظراً لأننا لا نتعرض لمبدأ قانون الإرادة في نظريته العامة وسائر تفاصيله، وإنما نتناوله بلقندر الخادم لموضوع بحثنا، لذا فإننا سوف نركز

=Dayan (R.). J. cl. Dr. int. Fasc. 552 A. N° 22 – 27: Batiffol (H.), Les conflits de lois en matière de contrats (étude de droit international privé comparé). Librairie du recueil sirey, 1938, N° 4 ets. P. 9 ets. Ranouil (V.) L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept. Presse universitaire de France. Paris 1980, P. 101 ets.,

بصفة أساسية على الطرح الحديث للمبدأ (المبحث الأول) ثم نخرج على بيان موقف المشرع المصرى فى ظل تقييده لقاعدة قانون الإرادة التى أودعها نص المادة ١٩ مدنى (المبحث الثانى) مؤكداً على أن هذه القاعدة لا عمل لها إلا فى ظل مفترضات محددة أبرزها أن يتعلق الأمر بعقد من عقود المعاملات المالية الدولية (المبحث الثالث).

المبحث الأول

الاتجاهات الفقهية لضبط مفهوم قانون الإرادة

الكلام فى موضوع خضوع العقد الدولى لمبدأ "قانون الإرادة" من المواضيع التى سال معها المداد غزيراً، ومايزال موضوعاً لم تجف بشأنه الصحف، ولم ترفع عنه الأقلام ومتشعب. بل إن كثيراً من جوانبه ما زالت بعد "معلقة" تحتاج إلى إجلاء وتصفية.

وقد وجدت اتجاهات عديدة فى الموضوع شغلت - وما تزال - حيزاً كبيراً من المناقشات الفقهية وكان لها حظ كبير من تطبيقات القضاء. فهناك نظرية التركيز التى قال بها فى فرنسا العلامة باتيفول منذ سنة ١٩٣٨^(١) والتى لاقت حظاً كبيراً فى التطبيق أمام القضاء.

وتقوم هذه النظرية على مرتكز أساسى مؤداه أن الأفراد لا يختارون القانون الذى يحكم عقدهم وإنما يختارون وحسب الوسط الذى يركزونه فيه ويكون قانون الدولة التى تم فيها تركيز هذا العقد هو الواجب التطبيق. وفى ظل هذا المذهب لا يكون للإرادة دور إلا بوصفها عنصراً من عناصر التركيز وإن كان من العناصر ذات الأهمية (مطلب أول).

وهناك من يذهب إلى أن التركيز الذى يجريه القاضى لا يكون له محل إلا حيث يتخلف الاختيار المصرى من جانب أطراف العقد للقانون الذى يحكمه (مطلب ثان).

Batiffol. Contrats. Op cit.

(١)

المطلب الأول نظرية التركيز "الموضوعية"

مضمون النظرية:

مقتضى نظرية التركيز هذه أن إرادة الأطراف لا تعمل فى واقع الأمر فى مجال اختيار القانون الواجب التطبيق، وإنما تنحصر وظيفتها وحسب فى تركيز العقد فى مكان محدد فى ضوء عناصر العلاقة والظروف الواقعية المحيطة بها. ومتى تم تركيز هذا العقد فى مكان معين سرى عليه قانون هذا المكان. وهكذا لا ينصرف اختيار الأفراد للقانون الواجب التطبيق وإنما ينصرف إلى تحديد مقر العقد^(١).

وتفصيل ذلك أن العقد ليس كالأشياء يمكن تركيزه بمقتضى قاعدة عامة. فالعقد لا يتجسد فى شئ مادي، وإنما هو يقوم على التراضى وهو حدث معنوى مادي لا يشغل فى ذاته حيزاً مكانياً. والحدث أن مقر العقد أو سكنه يمكن أن يتحدد بالنظر إلى الأحداث الخارجية، كتبادل العبارات التى تم بها التراضى أو تحرير وثيقة يودع فيها أو تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه. وكل أولئك أحداث يمكن تركيزها فى مكان معين بحسبان مالها من وصف مادي ملموس. ويبقى المطروح من بعد ذلك، وهذه هى المشكلة، تحديد أى من هذه الأحداث المتباينة والمتعددة يجسد على الوجه الأفضل تركيز العملية العقدية برمتها، متى سلمنا بأن هذه العملية إنما تشكل وحدة واحدة ويتعين من ثم إخضاعها لقانون واحد^(٢).

وفى ظل هذه النظرية يتم الكشف عن هذا التركيز بالبحث فى كل عقد على حدة وذلك بالنظر إلى خصائصه الذاتية. ويتوقف تحديد هذه الخصائص على إرادة الأطراف الذين يمكنهم جميع هذه الأحداث الخارجية التى تظهر بمقتضاها إلى حيز الوجود العملية العقدية، فى هذه الدولة أو تلك وبحيث يكون قانونها هو الواجب التطبيق.

Batiffol et lagarde, droit international privé. T. 2. 1983, N° 573, P. 266 ets. (١)

Batiffol et lagarde, op. cit., N° 752, P. 265. (٢)

التحليل المتقدم يكشف باختصار عن أن التركيز يقوم على محورين: الأطراف يركزون عقدهم والقاضي يستخلص القانون الواجب التطبيق. فعناصر التركيز – في ظل هذا المذهب – إذن هي بذاتها التي تكشف عن إرادة الأطراف، وهي التي يعول عليها القاضي في الكشف عن القانون الواجب التطبيق. وهكذا إذا تم بيع بضاعة من فرنسا إلى إنجلترا مثلاً، فإن الأمر لا يتعلق باختيار القانون الذي يحكم العقد وإنما يتعلق وحسب بعملية تركيز في مكان معين وبحيث يكون قانون هذا المكان هو الواجب التطبيق^(١).

وباعتماد التفسير المتقدم لا يتم إعمال القانون الواجب التطبيق بمقتضى اشتراط بين أطرافه، ولكنه ينطبق بالنظر إلى وقائع من بينها إرادة الأطراف، غير أنه ينطبق بوصفه قانوناً مع ما يترتب على ذلك من آثار. وبعبارة أخرى، فإن أطراف العقد أحرار، متى أرادوا، في أن يركزوا عقدهم في وسط قانوني معين، ودون أن يكون لهم أن ينحوا جانباً القانون الذي يحكم العقد، وهو قانون هذا الوسط.

ويبنى على ذلك أنه إذا اختار المتعاقدون قانوناً معيناً للانطباق، فإنه يجب في مقام التفسير حمل هذا الاختيار على أنه إرادة في تركيز العقد. ويكون هذا الاختيار عنصراً من العناصر الأساسية ولا شك في عملية التركيز. ومع ذلك لا يكون هذا الاختيار ملزماً للقاضي من الوجهة القانونية لأن التركيز لا يعدو أن يكون مسألة واقع. ويكون – والحال كذلك – للقاضي أن يصوب هذا الاختيار معرضاً عنه ومحدداً القانون الواجب التطبيق من واقع التركيز الفعلي والحقيقي لعناصر العملية العقدية^(٢).

(١) ومن تطبيقات هذا المعنى ما قالت به من محكمة النقض الفرنسية في حكم لها في ٢٥ مارس ١٩٨٠ (المجلة الانتقادية ١٩٨٠ - ٥٧٦ - clunet - ٦٥٠ - مع تعليق Kahn) من أنه "إذا كان التركيز يتوقف على إرادة الأطراف فإنه يقع على القاضي، بعد أن يفرغ - بما له من تقدير مطلق من مسألة تفسير نيتهم المشتركة بالنسبة لعملية التركيز - أن يستخلص القانون الواجب التطبيق على العقد محل المنازعة".

Batiffol et Lagarde, op. cit., N° 573, P. 268 - 269.

(٢)

وما دام العمدة فى عملية التركيز، بخصوص كل عملية عقدية، هو البحث عن العناصر المادية ذات الأهمية، والنظر فى الواقع أو المحتوى الاقتصادى لكل عملية وظروفها، فإن من مقتضى ذلك تلاشى كل أهمية للفرقة بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية والإرادة المفترضة التى تقوم على الافتراض والمجاز. ففى جميع صور الاختيار، بما فيها الاختيار الصريح، يخضع الكشف عن عملية التركيز لقاضى الموضوع الذى يرى فى هذا الاختيار مجرد عنصر - له أهميته العملية فى عملية التركيز - ولكنه غير ملزم بصورة مطلقة^(١).

ولا شك أن نظرية التركيز عند الأستاذ باتيوفول من شأنها أن تسمح بتفادى الانتقادات الموجهة للنظرية الشخصية. فإرادة الأطراف فى ظلها لا تختار القانون الواجب التطبيق، وإنما وحسب تركيز العقد فى مكان معين. وينضاف إلى ذلك أن من شأن هذه النظرية رفع التناقض المحسوب على النظرية الشخصية لسلطان الإرادة فى الفرض حيث يودى تطبيق القانون الذى اختاره المتعاقدون إلى إبطال عقدهم. فمتى سلمنا فى ظل نظرية التركيز بأن إرادة الأطراف ليس موضوعها اختيار القانون وإنما مجرد تركيز العقد، فإن البطلان الذى يتقرر طبقاً لهذا القانون يكون له ما يبرره.

وفى ظل نظرية التركيز يكون للحل الذى يكشف عنه القاضى من خلال فكرة التركيز صفة القانون وتحقق وحدة القانون الواجب التطبيق على العملية العقدية فى جملتها، ذلك أن المكان الذى تتمركب فيه المصالح يكون دائماً واحداً. كما يخضع كل عقد وبالضرورة لقانون معين، ذلك أن كل عملية عقدية تقبل - دائماً أبداً - التركيز. يبقى أنه لا مكان لنظرية الغش نحو القانون ولا تنور مشكلة الإحالة فى ظل نظرية التركيز. ففى ظل نظرية تلفظ - بحسب التكوين - كل اختيار غير مطابق لظروف العقد وواقعه وتكرس عملية التركيز

Batiffol et lagarde. P. 270 ets

(١)

باستخدام كل ظروف الحال، يكون من الطبيعي عدم ثوران الغش من جانب، وانتفاء مبرر الأخذ بالإحالة من جانب آخر^(١).

هذا وتفيض جوانب نظرية التركيز بالوضوح تحت نظر الباحث فيها إن أدركنا جملة المسائل الآتية:

- أن صاحب نظرية التركيز لم يشأ أن يشغل نفسه بتوجيه النقد لقانون الإرادة على غرار ما فعله غالبية الفقهاء في النصف الأول من القرن التاسع عشر، وإنما قدر أن ربط العقد بوسط إقتصادي معين من خلال المظاهر المادية له هو وحده الحل الذي يوفق بين المذهب الشخصي، القائم على الاحترام المطلق لمبدأ سلطان الإرادة والتسليم بكافة النتائج المترتبة عليه، وبين المذهب الموضوعي وواقعته. في عبارة مساوية فإن نظرية التركيز تعد نظرية عوانا بين المذهب الشخصي والمذهب الموضوعي: في منأى من اللمم والانتقاد الموجه إلى المذهب الشخصي ومن غير تجاهل لإرادة الأطراف، وهو ما قيل به قدحا في النظرية الموضوعية^(٢).

- إن نظرية التركيز بالمعنى المتقدم ليست أمرا قاصرا على العقود الدولية، وإنما هي إحدى تطبيقات المفهوم العام الذي يعتنقه الأستاذ باتيفول في نطاق تنازع القوانين (بل والقانون الدولي الخاص إجمالا) على وجه العموم من حيث أن التوزيع الموضوعي للاختصاص التشريعي بين الدول يقوم على أساس أن قانون كل دولة يحكم العلاقات التي تقع تحت سلطانه من زاوية تركيزها^(٣). من هذا المنظور فإن "التركيز" هو الذي يجب أن يؤخذ في الحسبان عند صياغة قاعدة التنازع. وبإخضاع العلاقات الخاصة الدولية لقانون الدولة التي ترتبط بها ارتباطاً وثيقاً فإننا نكون بذلك قد كرسنا أكثر الحلول

Batiffol et lagarde, op. cit. N° 273 - 1. (١)

Batiffol. Contrats, op. cit. N° 53, P. 47

Vincent Heuzé. La réglementation Française des contrats internationaux, 1990. op. cit., N° 289, P. 144. (٢)

Batiffolle et lagarde, T. I, N° 265, P. 314. (٣)

ملاءمة وقدرة على ضمان احترام المصالح المختلفة: مصالح الأطراف ومصالح الدول التي تكون على اتصال بالعلاقة ومصالح النظام الدولي جملة^(١).

- أنه وعلى الرغم مما توحى به نظرية التركيز من بساطة إلا أنها تطوى في أعماقها صعوبات عملية غير منكورة حتى من قبل الأستاذ باتيفول نفسه. فتركيز العقد أمر لا يخلو من الصعوبة وذلك بحسبان ما له في ذاته من طابع تجريدي يضعه في دائرة اللمحسوس بما لا يتصور معه إمكانية إسناده إلى "حيز مكاني". وكل ما هنالك هو أن "مقر" العقد إنما يتحدد بالنظر إلى الأحداث الخارجية التي تضعه في دائرة اللمحسوس كعملية إبرامه وعملية تنفيذه^(٢). ومن الصعوبة تصور تعميم هذه المظاهر وربط قاعدة التنازع بها بصورة عامة ومطلقة. فمحل الإبرام كثيراً ما ينال منه أن وقوعه قد يحدث عرضاً وتتبنى عنه صفة الوحدانية فلا يصلح مقراً للعقد، كما هو الشأن في التعاقد بين غائبين^(٣). ومكان التنفيذ بدوره قد لا يبرأ من النقد في بعض الصور إذ قد يكون متعدداً غير مؤكد ولا محدد^(٤). وينضاف إلى ذلك كله أنه يوجد ثمة أنواع عديدة من العقود تغطي بذاتها مراكز محسوسة شديدة التنوع والتباين^(٥).

في ظل هذه الاعتبارات، وعلى نحو ما أبرزه الأستاذ باتيفول نفسه، يكون من العصى تصور "حل جامد وموحد"^(٦) يحكم كافة العقود على اختلافها وتباينها. ولذلك يكون من المنطقي البحث عن "نظام مرز" ومحسوس يعتمد على تحويل القاضى سلطات واسعة في الكشف عن القانون الواجب التطبيق.

Batiffol et Lagarde. T. I, N° 266, P. 314 ets. (١)

Batiffol, contrats, op. cit. N° 42, P. 36. (٢)

Batiffol, contrats, N° 47. (٣)

Batiffol et Lagarde. T. I, N° 268, P. 315. (٤)

Batiffol, contrats, N° 47, P. 42. (٥)

(٦) باتيفول، تنازع القوانين في مسائل العقود، فقرة ٤٧ ص ٤٢.

التطبيق. فله أن يضع في ميزان التقدير مختلف عناصر المسألة المطروحة^(١)، ليحدد لنا أياً من هذه العناصر هو الذى يجسد أكثر من غيره عملية تركيز العقد. وليس للقاضي في معرض تقديره هذا أن يغض البصر عن المعطيات الخاصة بكل منازعة على حدة.

- فى ظل نظرية التركيز يكون للقاضي عند تحديده "المقر" العقد أن يستدل على إرادة المتعاقدين بأمارات عدة، منها ما هو خارجى عن تكوين العقد ومنها ما هو متصل بعناصر تكوينه. معنى ذلك ان هناك جملة أمارات تعين فى الكشف عن عملية التركيز، بل ويمكن إجراء مفاضلة أو ترتيب فيما بين هذه الأمارات. فعلى سبيل المثال يعد مكان التنفيذ أمانة قوية على عملية التركيز^(٢). وبالمقابل فإن اشتراك المتعاقدين فى الجنسية، أو وحدة موطنهما يكون لهما دلالة أقل ودرجة أضعف^(٣). ومن باب أولى فإن الأمانة تبهت دلالتها وتقل قيمتها فى الفرض حيث يتعلق الأمر بموطن أحد المتعاقدين أو بجنسيته^(٤). ويرى الأستاذ باتيفول أن الاتفاق الصريح للأطراف على اختيار قانون معين هو أيضاً يندرج بين هذه الأمارات الدالة على التركيز. فمثل هذا الإختيار لا يجعل بذاته القانون المختار قانوناً واجب التطبيق، ولا يخرج عن كونه عنصراً من عناصر التقدير المتعلقة بتركيز "العقد"^(٥) وإن كان يعد عنصراً أساسياً أو جوهرياً فى الكثير من الحالات. فى عبارة معادلة، فإن الإختيار فى ذاته لا تكون له دلالة فى عملية تحديد القانون الواجب التطبيق إلا من خلال مدى مطابقته لسائر العناصر الأخرى الدالة على تركيز العقد^(٦).

(١) باتيفول، تنازع القوانين فى مسائل العقود، فقرة ٤٦ ص ٤١.

(٢) باتيفول، تنازع القوانين فى مسائل العقود، فقرة ٨١ ص ٧٤.

(٣) باتيفول، تنازع القوانين فى مسائل العقود، فقرة ١٠٨ ص ٩٦.

(٤) باتيفول، المرجع السابق ذكره، فقرة ١١٢ ص ٩.

(٥) باتيفول، فقرة ١٧٦ ص ١٥٦.

(٦) باتيفول، فقرة ١٧٦ ص ١٥٦.

من الطرح المتقدم ينحصر نطق نظرية التركيز في الآتي:

١- في ظل نظرية التركيز تظهر الإرادة بوصفها قاعدة إسناد في مسائل العقود، قاعدة مزدوجة الجانب حيث قد يؤدي هذا التركيز إلى تطبيق قانون أجنبي كما قد يؤدي إلى تطبيق قانون القاضى وذلك متى كان "مقر" العقد مركزاً في هذا القانون.

٢- لا تطابق بين اختيار قانون معين من قبل الأطراف ليحكم عقدهم الدولى وبين عملية التركيز. فلا قيمة للاختيار إلا بالقدر الذى يعكس عملية التركيز ذاتها. والشرط الذى بمقتضاه يتم تحديد قانون معين هو وحسب مجرد أمانة على عملية التركيز، وإدراجه فى العقد لا يغير فى شئ من المنهج الذى يتبعه القاضى للكشف عن القانون الواجب التطبيق. فى عبارة محددة: الحل الذى ينضج من أعمال نظرية التركيز واحد لا يتباين بحسب ما إذا كان هناك اتفاق صريح أم لا على تحديد قانون معين ليحكم العقد الدولى.

٣- "التركيز" ليس فى ذاته قاعدة واجبة الاعمال، وإنما هو نتاج جملة من الشواهد التى تترجم إرتباط العقد بنظام قانونى معين: شاهد أو شواهد، أمارة أو أمارات تعنى توثق الصلة بين "العقد ونظام قانونى معين، بما يجعل هذا الأخير صاحب الأهلية لحكم هذا العقد. فكان التركيز هو السبب الذى أدى إلى وضع الحكم القائل بتطبيق قانون الدولة التى يوجد بها مقر العقد. باختصار: التركيز سبب نتيجته تطبيق النظام القانونى المساند فى المكان الذى تحقق فيه.

ولا شبهة فى أن الذى يقوم باستخلاص هذا التركيز هو العاضى المعروضى عليه النزاع، ذلك لأن أمارات التركيز وشواهدة هى قرائن واقعية لا قانونية تخضع فى تقديرها لسلطة القاضى وبصيرته. والحال كذلك - وهذا مطلق محسوب على نظرية التركيز - فإن من المتصور أن يستخلص القاضى تطبيق قانون معين فيه إخلال بتوقعات الأفراد بما يعنى - وهنا - إمكانية

التضحية بفكرة الأمان القانوني في شأن ميدان تشغل فيه توقعات الأطراف مكاناً جوهرياً^(١).

النظرية في ميزان التقدير:

والواقع أن هذه النظرية، ورغم ما فيها من عناصر جانبية، قد شددت إليها كثيراً من الفقهاء وأمن بها القضاء الفرنسي في كثير من أحكامه، فقد طبقها القضاء الفرنسي تارة حيث لا يكون هناك اتفاق صريح باختيار قانون معين متى لم يكن ثمة غش نحو القانون، وتارة وصولاً بها إلى حد استبعاد الاتفاق الصريح وإعمال قانون آخر بمقتضى نظرية التركيز. ولهذا الفرض الأخير تطبيقات في بعض العقود مثل عقد العمل^(٢) وفي سندات الشحن^(٣) وفي عقد التأمين^(٤). ومع ذلك فقد طعن عليها بمطاعن ظاهرة المنطق:

أولها: أن نظرية التركيز لا تُعير اختيار الأطراف الصريح للقانون المطبق الاهتمام الذي يليق به: فالقول - من ناحية - بأن إرادة الأطراف - ولو كانت صريحة - إنما يتوجه جل اهتمامها نحو تركيز العقد في وسط قانوني معين، هو قول يقوم على المجاز، ولا يرتبط دوماً بالواقع. ومن ناحية ثانية، فإن إعطاء القاضي سلطة استبعاد الاختيار الصريح - في ظل هذه النظرية - أمر قد يخل بتوقعات الأطراف وهو ما ينعدم معه الأمان القانوني.

(١) على أن هذه المسألة لم تنب عن فطنة صاحب النظرية الأستاذ باتيفول فوجدناه لذلك يعطي للاختيار الصريح من قبل الأطراف أهمية بين أمارات التوجيه للوقوف على عملية التركيز. على أن ذلك لا ينال من قوة الملاحظة الواردة في المتن: فمن النادر أن يُضمّن الأفراد عقودهم مثل هذا الاتفاق وغالباً ما يستكشفه القاضي عن طريق تفسيره لإرادة المتعاقدين الضمنية، وهو تفسير ليس مجرداً من الظن والاحتمال.

(٢) راجع في تفاصيل ذلك، المستشار الدكتور منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة دار المعارف - الإسكندرية، ١٩٩١ فقرة ٩١ وما بعدها، ص ٩٠ وما بعدها.

(٣) أنظر في أمثلة متعددة عند الدكتور صلاح محمد المقدم، تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات إيجار السفينة (الدار الجامعية)، فقرة ٧١ وما بعدها.

(٤) V. Basedow, K. H. Le droit international privé des assurances, Paris 1939, No 54 ets. P. 56 etss.

ثانيها: إن إعمال نظرية التركيز على هذا النحو أمر متعذر تماماً عند التشريعات التي تضع قاعدة إسناد تخول للأفراد سلطة تحديد القانون الذي يحكم عقدهم. في ظل هذه التشريعات - ومنها مصر - يبدو من غير المقبول إعمال هذه النظرية وإلا لترتب على ذلك نتيجة غير مقبولة تتمثل في تقويض إرادة المشرع. فكيف يكون للقاضي استبعاد الاتفاق الصريح متى لم يكن ثمة غش مع أن مشرعه صاغ له حكماً عاماً مفاده اعتبار قانون الإرادة قاعدة إسناد في مادة العقود^(١).

ثالثها: إلى ضمنية ذلك فإن الافتراض في نظرية التركيز واضح لا تخطئه عين. فمع هذه النظرية ينسخط دور الإرادة ويبهت ولا تقوم له قائمة إلا إذا صادف العملية التركيزية^(٢). وفي هذا "محاصرة" لدور الإرادة قد تصل - في بعض الحالات - إلى حد إنكار كل دور لها^(٣). ويبدو هذا الإنكار جلياً إذا عرفنا أن الأفراد حينما يتفقون على إخضاع عقدهم لقانون معين فإنما يقصدون العهدة لهذا القانون بحكم كل ما يتعلق بالرابطة التي بينهم، وهي رابطة ذهنية أكثر منها مادية. ومن هذا المنظور يظهر "التركيز" بوصفه حيلة لتشويه الحقيقة". وفي القول به مفاجأة للأطراف حين يرون أن اتفاقهم قد أصبح مقصوراً على عملية "تركيز"، وهي عملية غالباً ما يجهل الأطراف حتى معناها. فالحق "أن ما أراده الأطراف هو شيء آخر أكثر وضوحاً: أن يحددوا بأنفسهم حالة عقدهم بإخضاعه مباشرة تحت إمرة القانون الذي عينوه"^(٤).

(١) في هذا المعنى الدكتور محمد خالد عبد القادر التروجمان، النظام القانوني للقروض الدولية للتنمية في الدول العربية، رسالة دكتوراه (جامعة عين شمس) ١٩٨٨ ص ٣٣٧.

وقارن في ذات الاتجاه مدام دبي جيرار، المرجع السابق، فقرة ٣٠٣ ص ٢٤٢.

(٢) Rabel. The conflict of laws, A Comparative study, 2 e de., 1960, 307.

(٣) دبي جيرار، المرجع السابق، فقرة ٢٩٨ ص ٢٣٨.

(٤) Louis - lucas, la liberté et le droit international privé Francias, Melanges Dabin. T. II, 1963, P. 734 etss, V. Spécialement, P. 759; F. Deby - Gerard, op. cit. No 297 P. 237 - 238.

رابعها: فى الفقه من يرى أنه إذا كان قانون مركز الأشياء يسهل الكشف عنه كما هو الحال بالنسبة لمركز العقار، فإن الأمر بالنسبة لسانر الحقوق، وعلى الأخص بالنسبة للمعاملات غير المادية يصعب تركيزها فى إقليم معين مثل الحقوق التى ترد على الإنتاج الذهنى، والعلامات التجارية وبراءة الاختراع، وأن مركز الأشياء يحتتمل مدلولات مختلفة، منها مكان تحققها أو مكان حمايتها القانونية، أو مكان الاعتراف بها، أو المكان الذى تستطيع فيه السلطة العامة أن تفرض رقابتها على صاحب الحق عند ممارسة هذا الحق أو التصرف فيه، وهو ما يستتبع تعدد أمكنة هذه المراكز، مما لا يمكن معه بسهولة أن نختار من بينها مكان المركز الرئيسى أو الأصلى^(١). ولنن كان الفقه والقضاء لم يتقاعسا عن القيام بدورهما باحثين اجتهدا عن المكان الذى يمكن فيه تركيز هذه الحقوق إلا أنها اجتهدات تتباين وتختلف من دولة إلى أخرى بل وفى داخل الدولة الواحدة بحسب الزاوية التى ينظر المجتهد منها لبناء حكمه^(٢). ونتيجة ذلك بطبيعة الحال أن يأتى "التركيز" حاملا بين جنباته إخلالا بتوقعات المتعاقدين.

(١) المستشار الدكتور منير عبد المجيد، حول مفهوم القانون المحدد بمعرفة الأطراف فى العقود الخاصة الدولية، المحاماة، العددان السابع والثامن - سبتمبر وأكتوبر ١٩٩١ - السنة الحادية والسبعون ص ٤٢، أنظر بصفة خاصة، فقرة ٢٣ ص ٥٣، والمراجع المشار إليها فيه (هامش ٧٤ ص ٦٨).

(٢) فى خصوص القانون المختص بحكم حق المؤلف مثلا نجد اختلافا فى الفقه والقضاء. فهناك من يرى تطبيق قانون الدولة التى نشر فيها المصنف لأول مرة، وهناك من يرى تطبيق القانون الشخصى للمؤلف منشورا كان المؤلف أم لا. وفى خصوص حق الاختراع يقع التباين أيضا بين قول بتطبيق قانون الدولة التى منحت براءة الاختراع، واعتقاد بأن من الأفضل إعمال قانون الدولة التى يطالب فيها الشخص بحقه على الاختراع، لتعلق الأمر بأمن الصناعة فى هذه الدولة. راجع فى تفاصيل أخرى حول هذه المسائل ومختلف المسائل الأخرى المتعلقة بالحقوق الذهنية، الدكتور هشام صادق، تنازع القوانين، الطبعة الثالثة ١٩٧٤، ص ٨١٣ وما بعدها.

يكون لقانون الإرادة أن يفتنت على المسائل التي تخرج من نطاق إعماله (من ذلك المسائل المتعلقة بشكل التصرف والمسألة الخاصة بالأهلية والقواعد المتعلقة بالحقوق العينية والمسائل المعتمدة من قوانين البوليس ذات التطبيق الضروري).

(٢) لا تعمل فكرة التركيز في هذه الحالة، ولا يكون لها ثمة مبرر، بل وقد تبدو ضارة وغير مجدية. فمن ناحية أولى يلاحظ أن عملية التركيز وبما أنها لا تقيم للاختيار الصريح وزناً إلا في إطار جد ضيق ولا تضع فواصل بينه وبين غيره من صور الاختيار فإنها تكون بذلك غير مجدية. ومن ناحية ثانية نرى أن ضررها غير خاف بحسبان ما تتطوى عليه من تعسف تبهت معه قيمة الإرادة وتنزوي إلى درجة عنصر مادي هزيل ولذا، كان من المتعين رفضها. فالاختيار الصريح له في حقيقته قيمة أعلى من مجرد الدلالة بعكس الإرادة الضمنية التي يمكن الإعراض عنها بحسبان أنها لا تخرج عن مجرد كونها "طريقة خادعة تخفي تحكم القاضي في ثوب إرادى Sous un manteau volontariste".

ثانياً: الحالة التي يتخلف فيها الاختيار الصريح. ويدخل تحت هذا الفرض حالة الاختيار الضمني والاختيار المقترض والحالة التي لا يوجد فيها اختيار مطلقاً^(١). إذ الفكرة الجوهرية في هذا المذهب أن هذه الصور جميعاً ينتظمها أمر واحد: إنتفاء الاختيار. فالإرادة إما أنها معلنة وإما أنها غير معلنة. هناك اختيار صريح أو تخلف للاختيار. وفي الفرض الأخير تسترد فكرة التركيز الموضوعى عافيتها وتشغل وظيفتها ويكون ثمة محل لانطباقها. في عبارة أخرى، لا محل لإعمال قانون الإرادة ويكون المشرع من ثم قد عهد إلى القاضي بأن يضع في ميزان التقدير كافة الأمارات حتى يمكنه الوصول - من خلال النظر إلى كل حالة على حدة - إلى الكشف عن عملية التركيز وبالتالي

Deby - Cerard, op. cit., No 304, P. 243.

(١)

تحديد القانون الواجب التطبيق. نحن إذن بصدد ازدواجية: وجود إرادة معنفة أو تخلف كامل لهذه الإرادة. وعند إنتفاء الاختيار الصريح لا يكون ثمة محل لافتراض إرادة لا وجود لها^(١).

وترى صاحبة هذه النظرية أن صمت الأفراد (عند تخلف الإرادة الصريحة) قد يجد أساسه في واحد من أمور ثلاثة: إما أن الأطراف لم يروا عند إبرام عقدهم ثمة مشكلة يمكن أن تعرض بخصوص مسألة القانون الذي يحكم هذه العلاقة. فهم قد أبرموا من عدة عقود مماثلة ولم تثر بينهم أية خلافات. وإما أنهم لم يكونوا على دراية تامة بمشكلة تنازع القوانين فلم تكن المسألة مطروحة من أصلها وقت أن أبرموا عقدهم. وإما أنهم توقعوا مسألة التنازع تلك ولم يصلوا عند التعاقد بشأنها إلى اتفاق وما شاءوا لأنفسهم أن يستغرقوا في بحثها حتى لا تكون سبباً لإخفاقهم في الوصول إلى إبرام عقدهم.

واضح في هذه الصور الثلاث، أن الأطراف أميل - عن قصد أو عن غير قصد - إلى العهدة بحكم المسألة إلى المشرع. وهذا بدوره - إن لم يكن قد وضع للمسألة حلاً - يفوض الأمر لتقدير القاضى. وما ينبغى لأحد من المتعاقدين أن يشكو، وكيف تكون له شكوى وهم للمسألة إما جهال بها يوم التعاقد وإما عارفون لها ولم يرغبوا فى التصدى لحلها؟ والدولة من جانبها يتحتم عليها التدخل وإلا لكانت بنقاعسها متهمة بأنها تعصف بشمالها قاعدة الإسناد التى صاغتها بيمينها^(٢).

هذا، وفكرة الازدواجية بالمعنى المتقدم مأخوذ بها عند بعض التشريعات صراحة كالتشريع البولندى^(٣) (م ٢٥) والبرتغالى (م ١ / ٤١)^(٤)

(١) Deby - Gerard, op. cit., P. 242.

(٢) Deby - Gerard, op. cit. No 303. P. 242.

(٣) اقرأ نصوص هذا القانون مترجمة إلى الفرنسية، المجلة الانتقادية ١٩٦٦، ص ٢٢٣ وما بعدها.

(٤) المصادر فى ٢٥ نوفمبر ١٩٦٦ والمحول به من أول يونية ١٩٦٧ - وقرأه مترجماً بالفرنسية فى المجلة الانتقادية ١٩٦٨، ص ٢٧٣ وما بعدها.

والقانون المدني الأسباني (م ١٠ / ٥)^(١) و القانون التركي (م ١/٢٤)^(٢). كما كرس هذا الحل العديد من الاتفاقات الدولية، من ذلك اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٥ المتعلقة ببيع المنقولات المادية، وكذلك اتفاقية "واشنطن" في ١٨ مارس ١٩٦٥ الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (م ١ / ٤٢)^(٣). فوق ذلك فإن هناك طرفاً من أحكام القضاء الفرنسي قد كرس صراحة هذه الأزواجية^(٤).

(١) طالع نصوصه بالفرنسية منشورة في المجلة الانتقادية ١٩٧٦ ص ٣٩٧ وما بعدها.

(٢) القانون رقم ٢٦٧٥ الصادر في ٢٠ مارس ١٩٨٢ - اقراه مترجماً إلى الفرنسية في المجلة الانتقادية ١٩٨٣، ص ١٤١ وما بعدها.

(٣) راجع في تفاصيل هذه المسائل، ديبى جيرار، المرجع السابق، فقرة ٣٠٦ - ٣٠٨، ص ٢٤٤ - ٢٤٦.

(٤) V. Cass. Civ., 6 Juill. 1959 Rev. Crit. 1959, 708.

وفي ذلك تقول محكمة النقض الفرنسية إن "القانون الواجب التطبيق على العقود فيما يتعلق بتكوينها وشروطها وأثارها، هو ذلك الذي تبناه الأطراف، وأنه في حالة تخلف الإعلان الصريح من جانبهم، يكون من المتعين على قضاة الموضوع أن يبحثوا في ضوء المحتوى الاقتصادي للعقد وظروف المنازعة، أي قانون هو الذي يجب أن يحكم روابطهم العقدية".

وقد سبق للمحكمة أن أقرت هذا المبدأ في عبارات غير حاسمة يبدو فيها طابع الخجل. فقد قالت المحكمة في حكم لها في ١٩ فبراير ١٩٣٠، أنه "إذا كان من اختصاص قاضي الموضوع أن يبحث عن نية الأطراف وأن يحدد مضمون اتفاقهم ومداه، فليس لهذه السلطة أن تصل به إلى حد أن يعزف عما تقضى به هذه النية متى كانت واضحة وصريحة". نقض فرنسي ١٩ فبراير ١٩٣٠ - سيرى - ١٩٣٣ - ١ - ص ٤١ مع تعليق للأستاذ Niboyet.

في ذات الاتجاه أيضاً حكم محكمة استئناف ليموج Limoges في ١٠ نوفمبر ١٩٧٠، (المجلة الانتقادية ١٩٧١، ص ٧٠٣ مع تعليق مدام سيمون ديبينز، وفيه قالت المحكمة "إن المبدأ في القانون الدولي الخاص الفرنسي هو إخضاع العقود للبدأ المسمى "بقناة الإرادة"، وإذ أن الأطراف أحرار في اختيار النظام القانوني الوطني الذي يعمدون إلى تبنيه، وإذ قد تخلف الإعلان الصريح عن الإرادة، فإن اختيارهم يجب أن يستقرأ من بين ثنانيا الأمارات ... التي تسمح بتركيز العلاقة القانونية". وقرأ أيضاً في عين الاتجاه حكم محكمة استئناف Amiens في ٢٥ مايو ١٩٧٠ clunet 1971, P. 86 وفيه أكدت أنه "في حالة غياب الاختيار الصريح من جانب الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقدهم، فإنه يقع على القاضي الموضوع أن يفتش - مستخدماً في ذلك العناصر الأساسية للمنازعة - عن القانون الذي وفق أحكامه يصد المتعاقدون إخضاع الشروط الموضوعية للعقد وأثاره".

وفي ظل نظرية الازدواجية هذه تترتب نتائج يعرضها أصحابها نشير إليها في إيجاز:

١- يتم اختيار القانون الذي تعين صراحة بمقتضى عقد آخر يسمى "عقد الاختيار" *contrat de choix* الذي يجب النظر إليه على أنه اتفاق حقيقي بمعنى الكلمة. فكأن هذه النظرية تقول لنا بأن هناك عقداً في داخل عقد: العقد الأصلي الذي يبحث له الأطراف عن قانون ليحكمه، والعقد الذي اتفق بمقتضاه الأطراف على اختيار قانون معين. الثاني يندرج في الأول بحسبانه اتفاقاً مجرداً من أى إجراء شكلي، له ذاتيته ومستقل عن العقد الأول (العقد الأصلي). وتحليل عملية الاختيار على أنها "عقد اختيار" داخل العقد الأصلي أمر يفترض بطبيعة الحال أن تعيين القانون الواجب تطبيقه قد تحدد وقت إبرام العقد الأصلي، بينما يكون "عقد الاختيار" خارج *exterieur* العقد الأصلي حينما يكون لاحقاً عليه. يلاحظ بشأن اختيار هذا الذي يجريه الأطراف أمور ثلاثة:

- أنه ليس ثمة قيد على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق. فحرية الأطراف في هذا الشأن مطلقة ولا يلزم وجود رابطة موضوعية بين العقد والقانون الذي يحكمه وذلك على النقيض مما تقول به نظرية "التركيز". والتليل على مبدأ الحرية المطلقة للمتعاقدين في الاختيار تشهد به مدونات العديد من أحكام القضاء وبعض التشريعات، وبصفة خاصة التشريعات الاشتراكية، وليس في أحكام القضاء الفرنسي ما يناقضه^(١). فاقضاء رابطة موضوعية بين العقد والقانون الذي يحكمه هو من وحى نظرية التركيز التي تغتال الإرادة الصريحة وتشوه وظيفتها وهو الذي

= وأخيراً فقد ذهبت محكمة النقض ذاتها في حكم آخر حديث إلى القول بأنه "إذا كان تركيز العقد يتوقف على إرادة أطرافه، فإنه يقع على عاتق القاضى، بعد أن يفسر بما له من تقدير مطلق نيتهما المشتركة بالنسبة لهذا التركيز، أن يستنبط منها القانون الواجب التطبيق على العقد محل المنازعة" نقض مدنى، ٢٥ مارس ١٩٨٠ المجلة الانتقادية، ١٩٨٠، ٥٧٦ تعليق باتيفول.

(١) اقرأ في تفاصيل هذه المسألة عند نبى جيرار، المرجع السابق، فقرة ٣١٢ - ٣١٥ - ص ٢٤٩ - ٢٥٢ والهوامش المذكورة فيه.

يخالف أحكام القانون الوضعي في كثير من التشريعات وما توجيه حاجات الحياة الدولية والمعاملات التجارية عبر الحدود. على أنه إذا وقع تعسف من قبل الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق كان من المتعين البحث عن علاج لهذا المسلك سواء في نظرية الدفع بالنظام العام أو في نظرية الغش نحو القانون^(١).

- إن الاختيار، أو بدقة، "عقد الاختيار" يمكن أن يتم في أى وقت: فقد يتم الاختيار عند إبرام العقد الأصلي ويكون مبدئياً فيه، وقد يقع في وقت لاحق على إبرام هذا العقد حتى ولو كان ذلك عن طريق تبادل المراسلات. أكثر من ذلك فإن هذا الاختيار قد يقع ولو في أثناء نظر المنازعات المتعلقة بهذا العقد أمام القضاء أو أمام هيئة التحكيم، بل ويمكن ذلك في أى مرحلة من مراحل التقاضى ولو في آخر مرحلة من مراحل أمام قضاء الموضوع. وهذا الحكم له فى تطبيقات المشرعين نصيب وفى أحكام القضاء حظ ولدى جانب من الفقه مؤيدون^(٢). علاوة على هذا، فإنه يمكن للأفراد أن يغيروا - فى تاريخ لاحق - من اتفاقهم هذا أو أن يعللوا عنه تماماً.

- لكن ما هى طبيعة القاعدة التى يكون بمقتضاها للأطراف الحرية فى اختيار القانون الواجب التطبيق؟ تقرر مدام ديبى جيرار فى هذا الشأن أن "قانون الإرادة" لا يعد قاعدة تنازع قوانين بمعنى الكلمة. فالضابط الذى يرمى إلى تعيين القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية هو إرادة الأطراف، وهى إرادة - روضها المباشر اختيار القانون وهذا عمل قانونى وليس عملاً مادياً هو "التركيز". ولما لم تكن الإرادة - ولا هى تستطيع أن تكون - أساساً لإسناد موضوعى على نحو ما تفرضه بالضرورة كل قواعد الإسناد الأخرى، كان من الطبيعى النظر إلى اختيار القانون المطبق على أنه ليس

(١) قارن مع ديبى جيرار - المرجع السابق، فقرة ٢١٥ ص ٢٥٢.

(٢) اقرأ فى هذه التشريعات وخاصة تشريعات الدول الاشتراكية، وبعض أحكام القضاء السويسرى، وجانب من الفقه المؤيد رسالة Deby - Gerard، المرجع السابق، فقرة ٣١٦ - ٣١٨، ص ٢٥٢ - ٢٥٥.

قاعدة تنازع قوانين وإلا لكان في ذلك إنكار لدور الإرادة وهو الأمر الذي يخالف أحكام القانون الوضعي وحاجات الحياة الدولية^(١).

والحقيقة - في رأي مدام ديبي جيرار - التي تفرض نفسها تتمثل في أنه يوجد في الأساس بالنسبة لكافة العقود قاعدة تسمح للأطراف بأن يتفقوا على القانون الواجب التطبيق، وهذه القاعدة لا يمكن إلا أن تكون قاعدة قانون دولي خاص مادي خاصة بالعلاقات الدولية ذات منهج متميز عن منهجية قواعد التنازع^(٢). في عبارة محددة: هناك قاعدة قانون مادي *regle de droit materiel* تتمثل في الحرية المخولة للأفراد في العقود الدولية في أن يختاروا القانون الذي يحكم عقدهم. هذه القاعدة المادية هي المصدر القانوني لما للأفراد من سلطة في هذا الخصوص، ويتم التعبير المجرد عن هذه السلطة في الإتفاق الصريح بين الأطراف، الذي يصوغ "الاختيار القانوني" بوصفه اتفاقاً مجرداً من أية شكلية يفرغ فيها، وبحيث يمكن ممارسة هذا الاختيار في أي وقت.

٢- ويترتب على نظرية الثنائية هذه أيضاً أن التركيز الموضوعي يتحقق في الفرض حيث لا يكون هناك اختيار صريح للقانون الواجب التطبيق. والحال كذلك، فإن هذا التركيز يتم إعماله في فروض متعددة، سواء في الحالات التي لم يتوقع فيها الأطراف المشكلة من مبدأ الأمر، أم في الحالات التي كانوا فيها على المام كامل بحقيقة المشكلة وأبعادها ولكن استعصى عليهم الوصول بشأنها إلى اتفاق، مقدرين العهدة بحلها إلى شخص آخر من الغير سواء كان هو المشرع أم القاضى أم المحكم^(٣).

النظرية في ميزان التقدير:

متى فرغنا من عرض النظرية الثنائية هذه وأردنا أن نضعها في ميزان التقدير لقلنا: إن أهم ما يميز هذه النظرية في تقديرنا هو طابعها الواقعي الذي

Deby - Gerard. Op. cit., No 320, P. 255 - 256. (١)

Deby - Gerard, op. cit., No 321, P. 256 - 257. (٢)

Id., No 322, P. 258. (٣)

الوصول بشأنها إلى اتفاق، مقدرين العهدة بحلها إلى شخص آخر من الغير سواء كان هو المشرع أم القاضى أم المحكم^(١).

النظرية فى ميزان التقدير:

متى فرغنا من عرض النظرية الثنائية هذه وأردنا أن نضعها فى ميزان التقدير لقلنا: إن أهم ما يميز هذه النظرية فى تقديرنا هو طابعها الواقعى الذى يركز على نقطة جوهرية مفادها أن الأطراف متى أدرجوا فى عقدهم اتفاقاً بشأن القانون الواجب التطبيق عليه فإنهم يفعلون ذلك عن إدراك ووعى حقيقين بأهمية المسألة وقيمتها. وإذا أعرضوا عن ذكر شئ من ذلك، فإن الأغلب أن اختلافاً بينهم بشأن هذه المسألة قد وقع، أو - على أسوأ الفروض - أنهم لم يكونوا على دراية بأهمية المسألة. وعند ذلك لا يكون ثمة مجال للكلام عن اتفاق بشأن القانون الواجب التطبيق. ولجوء القضاء إلى عملية التركيز تخفياً وراء الإرادة لا يعدو عندئذ أن يكون نوعاً من الحيلة والمجاز. إلى هذا الحد تبدو لنا نظرية الثنائية معقولة ومقبولة. ومع ذلك لنا بشأنها بعض ملاحظات نوردها فى إيجاز:

أولاً: فى ظل نظرية الثنائية: لا محل للاعتراف بالإرادة الضمنية مع أنها إرادة حقيقية وموجودة. وإهدار قيمة الإرادة الضمنية فى عيون أصحاب النظرية يرجع عندهم إلى أن هذه الإرادة "لا تعدو أن تكون وسيلة خادعة تخفى تحكم المحكم والقاضى تحت رداء إرادى"^(٢).

ونحن من جانبنا لا ننكر أن ثمة صعوبات تعترض الباحث - محكماً كان أم قاضياً - فى الكشف عن هذه الإرادة الضمنية. هذا المعنى أكده الأستاذ باتيفول حين قال بأنه "لا مناص من الاعتراف من أنه فى غالبية الحالات التى يتخلف فيها الإعلان الصريح (عن الإرادة) لا يكون للأطراف أية إرادة محددة بشأن مسألة القانون الواجب التطبيق. وتكون فكرة الإرادة الضمنية عندئذ ضرباً

Ibid.. No 322. P. 258.

(١)

Dely-Gerard. Ibid.

(٢)

من الحيلة، ويكون من المزعج دائماً تأسيس الطول القانونية على ما ليس بواقعي "Sur L'irreel" (١).

أمران إذن يبدوان في هذا الشأن: أولهما أن الإرادة الضمنية هي إرادة حقيقية متصور وجودها وتحتاج إلى الكشف عنها. وثانيهما، أن الكشف عنها يثير عتاً: فقد تكون الأمارات الدالة عليها باهتة والظروف الملازمة للتعاقد قاصرة والعبارات المدرجة في النصوص ما بين مهتارة فيما بينها أو أعجز عن أن تصنع قرينة وجودها من غير اصطناع أو اعتساف من جانب مستظهرها. إذن ما هو الحل الذي يمكنه التوفيق بين الأمرين؟ نعتقد أن الإرادة الضمنية يجب أن تعامل معاملة الإرادة الصريحة بشرط أن يكون الوقوف عليها مؤكداً لا يترك مجالاً للشك في وجودها. هذا المعنى الذي نقول به هنا هو المستقر الآن عند غالبية التشريعات وهو عينه الذي يجب العمل به في ظل القانون المصري الذي ينزل الإرادة الضمنية منزلة الإرادة الصريحة. وسندنا في وضع هذا القيد الذي ندرجه هو نص المادة ٢٤ مدني على ما سيأتي تفصيله (٢).

ثانياً: نظرية الثنائية تتكلم عن "عقد الاختيار" الذي بمقتضاه يتعين صراحة القانون الواجب التطبيق على العقد من قبل أطرافه، عقد اختيار مندمج في العقد الأصلي أو منفصل عنه بحسب ما إذا كان الاتفاق الصريح بين الأطراف قد تحدد نهائياً وقت إبرام العقد الأصلي أم في تاريخ لاحق عليه. هذا التكيف صحيح تماماً ولا غبار عليه ولا يصح نعته أبداً بأنه "فكرة تصويرية لا

(١) Batiffol, Note sous cass. 6 Juill. 1959, Revue 1959, 708.

(٢) ومتى كانت الإرادة صريحة أو ضمنية يمكن الكشف عنها بطريق مؤكدة، فإنه لم يعد بعد ذلك مقبولاً ما يقال به من انتقاد: كيف يمكن التمييز بين انتفاء الاختيار والاختيار الضمني أولاً، وبين انتفاء الاختيار المفترض ثانياً، وبين الاختيار الضمني والاختيار المفترض ثالثاً.

اقرأ في هذا الانتقاد: المستشار الدكتور منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية (منشأة المعارف - الإسكندرية)، ١٩٩١، فقرة ٨٩ ص ٨٨ والمراجع المشار إليها فيه.

اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٥ المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على بيع المنقولات المادية والتي يجرى حكمها على أن "الشروط المتعلقة بإرادة الأطراف، بالنسبة للقانون المعلن تطبيقه، تتحدد وفقاً لهذا القانون". معنى ذلك أن إرادة الأطراف بحكمها القانون المختار من قبلهما^(١). وبالمثل أيضاً نجد أن اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ الخاصة بال عقود تصف العقد الذي بمقتضاه يختار الأطراف القانون الذي يحكم عقدهم بأنه "عقد اختيار" (م ٤١٣) مخضعة إياه، فيما يتعلق بوجود الإرادة وشروط صحتها، وشكل الإتفاق وأهلية المتعاقدين، للقانون الذي يحكم العقد الأصلي ذاته، وهو حل يتسم بالبساطة والوضوح^(٢).

ثالثاً: ما تقدم هو من قبيل التحليل السليم ولا اعتراض لنا عليه. غير أن هذا التاصيل ليس له أدنى تأثير على طبيعة قاعدة قانون الإرادة ليجعل منها قاعدة قانون دولي خاص مادي *une regle de droit international privé materiel* كما يقرر القائلون بنظرية الازدواجية. "فقانون الإرادة" يعد قاعدة إسناد بمعنى الكلمة لها كل خصائص هذه القاعدة من حيث كونها غير مباشرة وغير محددة المضمون ومزدوجة الجانب. صحيح أن قانون الإرادة لا يشترط وجود رابطة موضوعية بين القانون المختار والعقد الذي يحكمه إلا أن هذا يعد أمراً استثنائياً – من قبيل الاستثناء الذي يؤكد القاعدة – ومن غير أن ينال من طبيعتها.

رابعاً: ينبغي أن يضع الباحث نصب عينيه أمران: حاصل أولهما أن قانون الإرادة، وإن كان لا يتطلب هذه الرابطة الموضوعية أسوة بقواعد الإسناد

(١) ديبس جيرار، المرجع السابق، فقرة ٣٢١، وفي هذا الرأي أيضاً، هولوفوييه ودولابرايدل القانون الدولي الخاص، ١٩٨٧، فقرة ١٣٨٠ ص ٥٩٤، وأيضاً مقال *curit - Gialdino* بعنوان:

La volonté des parties en droit international privé, cours la Haye, 1972, etss. V. P. 278 ets.

(٢) أنظر أستاذنا *Lagarde*:

Le Nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 Juin 1980, Revue Crit 1991. P. 287 ets. V. No 25. P. 305 - 306.

الأخرى التى تشير دائماً أبداً إلى أن العلاقة يحكمها القانون الذى يرتبط بالعنصر الأساسى فيها، إلا أن ذلك لا يعنى أبداً أن تكون حرية الأفراد فى اختيار القانون الذى يحكم العقد مطلقة من كل قيد حلاً من كل شرط. فنحن نشترط - كما سنرى - ضرورة أن يكون للأطراف مصلحة مشروعة من وراء هذا الاختيار. ومقتضى ثانيهما، أنه وإن كان ثمة تخفيف فى درجة الارتباط بين العقد والقانون الذى يحكمه فإن هذا التخفيف له ما يبرره فى مجال العقود الدولية بصفة خاصة، حيث قد قصدت التشريعات قاطبة إلى تشجيع عمليات التجارة الدولية عبر الحدود فتأحت للأطراف مكنة اختيار القانون الذى ينظم علاقاتهم العقدية متى كانت لهم مصلحة مشروعة فى هذا الاختيار. ومشروعية المصالح التى تكون للأفراد تعنى مصلحة الأفراد أنفسهم ومصلحة الدول ومصلحة النظام الدولى.

خامساً: وما دنا نأخذ بفكرة "المصلحة المشروعة" للأطراف جاعلين منها الرابطة الوحيدة المطلوبة بين العقد والقانون المختار لحكمه فمن المتصور - مثلاً - أن يختار الطرفان قانوناً بسبب مضمونه. والأطراف عند اختيارهم لهذا القانون إنما يكونون على معرفة به، ويرون أن فى اختياره تحقيقاً لما يقصدون إليه من أهداف وما يرمون إليه من غايات. فإذا ما تم اختيار هذا القانون وجب احترام إرادتهم. فهذا هو مفهوم قانون الإرادة^(١).

سادساً: خلاصة التقدير فى هذه المسألة، أن "قانون الإرادة" يعد قاعدة تنازع بمعنى الكلمة. إن الأمر لا يتعلق بقاعدة قانون دولى خاص ذات طبيعة مادية.

وإذا كنا نقدر أن قاعدة قانون الإرادة هى قاعدة إسناد إلا أنها تنطوى فى العمق على جانب مادى أو موضوعى^(٢). إنها - مرة أخرى - قاعدة تنازع

(١) فى ذات الاتجاه، Mayer، القانون الدولى الخاص، الطبعة الرابعة ١٩٩١، سابق الإشارة، فقرة ٧٠٢ ص ٤٤١ - ٤٤٢.

(٢) Mayer القانون الدولى الخاص، الطبعة الثالثة، ١٩٨٧، فقرة ٧٠٢ ص ٤٣٠ - ٤٣١، الطبعة الرابعة ١٩٩١، فقرة ٧٠٢ ص ٤٤٢.

- كان غير ملائم. وبما أن هذا أمر غير منطقي فإنه يحتاج إلى جراحة في الاجتهاد بحيث يكون للقاضي الإعراض عنه والاعتصام بحكم المادة ٢٤ مدني التي تتيح له البحث عن القانون المناسب أو الأكثر ملاءمة.
- أن النص قاطع في دلالاته على أن اختيار الأطراف إنما ينصب مباشرة على القانون الذي يحكم العقد وليس على "تركيز" العقد في وسط معين على نحو ما كان يعمل القضاء الفرنسي في ظل النظريات التي رأيناها.
 - أن النص يفرق بين أمرين: الاختيار وعدم الاختيار الاختيار قد يكون معلناً، وقد يكون غير معلن يكشف عنه القضاء باعتبار أن الأمر يتعلق بعملية تفسير للإرادة. وعند انتفاء الاختيار اضطلع المشرع بمهمة التركيز في أماكن محددة: قانون الدولة التي يوجد بها الموطن المشترك للمتعاقدين وعند الاختلاف قانون محل إبرام العقد.
 - ظاهر النص يفيد أن المشرع قد كرس النظرية الشخصية إذا كان هناك اختيار (صريح أو ضمنى)، بينما اعتنق النظرية الموضوعية في حالة عدم وجود اختيار.
 - إن أعمال النص له مقترضات لم يصرح بها أهمها: أن الاختيار الصحيح لا يتحقق إلا إذا لم يكن هناك غش نحو القانون، وكان القانون المختار لا يتعارض والقواعد المتعلقة بالنظام العام الدولي سواء في قانون دولة القاضي أو الدولة الأجنبية المتصلة بالعقد (قوانين البوليس) كما يلزم أن يتعلق الأمر بعقد من عقود المعاملات المالية الدولية.
- دراسة قانون الإرادة وموقف المشرع المصري منه يتطلب منا أن نعالج أشكال الاختيار (مطلب أول) ووقت اختيار قانون العقد (مطلب ثان) ومدى تطلب وجود رابطة بين العقد والقانون المختار (مطلب ثالث) واختيار أكثر من قانون لحكم العقد الدولي (المطلب الرابع) ، والحكم إذا لم يختار الأطراف قانوناً ليحكم عقدهم الدولي (المطلب الخامس). نعرض لكل ذلك تفصيلاً.

المطلب الأول صور الاختيار

Forme du choix

تنص المادة ١٩ مدنى مصرى على إخضاع العقود – والنص بحسب ظاهرة مطلق يتكلم عن كل العقود – للقانون الذى يتفق عليه المتعاقدان أو الذى يتبين من الظروف أنه هو الذى يراد تطبيقه. هذا هو ضابط الإرادة الأصلية الذى قننه المشرع المصرى فى هذا الخصوص. ويتضح من ذلك أن الاختيار هذا قد يكون صريحاً كما قد يكون "ضمنياً".

أولاً: الاختيار الصريح:

ومعناه أن يكون ثمة اتفاق صريح بين الأطراف على إخضاع عقدهم لقانون معين. عند ذاك يلتزم القاضى بإعمال هذا الاختيار الذى قال به الأطراف نزولاً على حكم المشرع الذى أعطاهم هذه الرخصة. فإذا أعملوها صراحةً وجب على القاضى تطبيق هذا القانون الذى وقع الاختيار عليه. ويعنى القاضى عندئذ من الرجوع إلى أى عناصر أخرى للوقوف على قانون الإرادة. ويمتثل القاضى لهذا الاختيار متى تعلق الأمر بعقد دولى بالمعنى الذى سنراه، ولم يكن ثمة غشٍ نحو القانون وتوافرت رابطة أو صلة قوامها وجود مصلحة حقيقية جدية ومشروعة بين العقد والقانون المختار.

ثانياً: الاختيار الضمنى:

يذهب جانب من التشريعات المقارنة منها القانون المصرى وكذلك بعض أحكام القضاء إلى القول بأن اختيار القانون الواجب التطبيق قد يتم بطريقة ضمنية، وهو ما يعبر عنه بالإرادة الضمنية بالمقابلة للإرادة الصريحة. فثمة عديد من الفروض يمكن فيها الكشف عن هذه الإرادة من خلال القرانن والأمارات التى تحف بالمسألة والظروف المصاحبة لها. معنى ذلك، أن هذه الإرادة يتم الكشف عنها – عند الأخذ بها – من واقع الظروف التى تحيط بالعقد ومسلك الأطراف بشأنها.

وفى تقديرنا أن هذه المسألة تحتاج لضبط يعوزها فيه تحقيق وتحرى: فمن المعلوم أولاً أن الإرادة فى ذاتها أمر كامن فى أغوار النفس البشرية، وأداة الكشف عنها وإظهارها إلى الحيز الخارجى هو التعبير عنها. ولهذا يقال إنه "وما دامت الإرادة عملاً نفسياً فإنه لا يعلم بها من الناس إلا صاحبها، ولا يعلم بها غيره إلا إذا عبر عنها بأحد مظاهر التعبير"^(١).

ومن المقرر ثانياً، وبوجه عام، أن التعبير عن الإرادة قد يكون صريحاً كما قد يكون ضمنياً. وفى ذلك تقضى المادة ٩٠ مدنى مصرى بأن "١- التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالة على حقيقة المقصود".

٢- "ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على أن يكون صريحاً".

ومن المدركات - ثالثاً - أن الأصل أنه لا فارق بين التعبير الصريح والتعبير الضمنى فى الكشف عن الإرادة. ومع ذلك هناك "أحوال يجب أن يكون التعبير عن الإرادة فيها تعبيراً صريحاً، ولا يكتفى بالتعبير الضمنى .. وهى أحوال يراد فيها عادة تنبيه العاقد قبل التعاقد إلى وجه الخطر فيما هو مقدم عليه، فلا يبرم الأمر إلا بعد التروى، وإلا بعد أن تصدر منه إرادة صريحة. وهذا نوع من الشكلية المهذبة، وهذه الأحوال إما أن ينص عليها المشرع أو يتفق عليها المتعاقدان. مثل الذى ينص عليه المشرع حجبة الدفاتر والأوراق المنزلية حيث لا تقوم إلا فى إحدى حالتين، أن يذكر المدين فيها صراحة أنه استوفى ديناً أو أن يذكر صراحة أن قصد بما دونه فى هذه الأوراق أن تقوم مقام السند (م ٣٩٨ مدنى). وبنوع التركة يرد للمشتري ما استولى عليه منها ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد (م ٤٥٧ مدنى)، وبراءة ذمة

(١) الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط - الجزء الأول فى مصادر الالتزام،
فكرة ٧٥ ص ١٧٥.

المستأجر الأصلي نحو الموزر إذا صدر من هذا قبول صريح بالتنازل عن الإيجار أو بالإيجار من الباطن (م ٥٩٧ مدني)^(١).

والسؤال: هل "عقد الاختيار" *contrat du choix* الذي بمقتضاه يتفق الأطراف على اختيار قانون معين نزولاً على حكم قاعدة الإسناد الخاصة "بقانون الإرادة" أقل أهمية من الأمثلة "المذكورة؟ نعرف أن ثمة نتائج غاية في الأهمية تترتب على الاحتكام لقانون الإرادة في نطاق العلاقات التجارية الدولية ولذلك يجب أن يكون الاختيار صريحاً أو من الممكن الكشف عنه بطريقة مؤكدة على نحو يمكن معه الوقوف على هذه الإرادة في دلالتها على حقيقة المقصود.

فوق ذلك، إذا كنا نقول إن من أهم مزايا مبدأ "قانون الإرادة" أنه يحمي توقعات الأطراف ويحقق لهم الأمان القانوني، فإن المنطق يقضي بأن يكون هذا الاختيار صريحاً أو من الممكن الوقوف عليه بطريقة مؤكدة، فذلك هو السبيل الوحيد الذي بمقتضاه يتعين القانون الذي يحقق هذه المزايا. فالاختيار الضمني - متى لم تتطلب فيه قيوداً تكشف عنه - إنما يعتمد في نهاية المطاف على تفسير القاضى وسلطانه المطلق، وهو ما قد يفضى إلى نتيجة معكوسة تعصف بهدف القاعدة: تطبيق قانون يخل بتوقعات الأطراف غير ذلك الذي قصدوا إليه، وهو الأمر الذي يعنى اغتيال قاعدة الإسناد التي صاغها المشرع بيديه تحت عباءة التفسير الذي يكون للقاضى والذي هيا له المشرع. ويمكن القول عند ذاك بأن هذا الاختيار هو اختيار القاضى وليس اختيار أطراف العلاقة.

قيد على الإرادة الضمنية:

لهذه الاعتبارات نورد قيدا على الإرادة الضمنية يجب أن يحمل عليه تفسير نص المادة ١٩ مدني مضمونه - في حالة الاتفاق الضمني - "أن يتبين

(١) الدكتور عبد الرزاق أحمد المنهوري، الوسيط - الجزء الأول في مصادر الالتزام،
فقرة ٧٦ ص ١٧٨.

من الظروف التي تحيط بالعقد أو من النصوص المدرجة فيه رغبة الأطراف بصورة مؤكدة" لا تدع مجالاً للشك في أنهم يقصدون تطبيق قانون معين. هذا القيد له نسب شرعي في إرادة المشرع المصري ذاتها التي أودعها في المادة ٢٤ مدني التي تحوّل للقاضي أن يخلق قاعدة إسناد جديدة فيما لم يرد بشأنه قاعدة إسناد تشريعية بين نصوص القانون المدني المصري وذلك بالرجوع إلى المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص. فمن يملك خلق القاعدة من أساسها يملك إيراد القيد على قاعدة موجودة متى كان لذلك موجب وكان من شأن المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص أن تزكى ذلك. فمن البدهة أن من يملك الأكثر يملك الأقل.

والسؤال: هل صحيح أن المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص من شأنها أن تسمح للقاضي المصري بأن يورد مثل هذا القيد على الإرادة الضمنية؟ بعبارة أخرى، هل صحيح أن التشريعات المقارنة تتطلب ضرورة أن تكون الإرادة الضمنية إرادة مؤكدة، بمعنى أنه يوجد من الشواهد والأمارات ما يسمح بالكشف عنها؟

الواقع أن من يطالع التشريعات المقارنة يمكنه أن يقرر ذلك بيسر وسهولة. فمن يراجع هذه التشريعات يرصد اتجاهين واضحين في القانون المقارن:

١ - الاتجاه الأول: وهو يشترط في الإرادة الضمنية: "أن تكون إرادة مؤكدة". ومن هذه التشريعات من يتطلب أن يكون الكشف عن هذه الإرادة المؤكدة منسباً من عبارات التصرف ذاته. بعبارة أخرى، يتعين أن تنضح الإرادة المؤكدة من "عبارات العقد" أو من "ظروف المنازعة". وهكذا نجد أن المادة ١١٦ / ٢ من القانون السويسري الجديد لسنة ١٩٨٧ تتطلب أن يكون الاختيار صريحاً أو متولداً بصورة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف المنازعة^(١). وهو عين الحل الذي يأخذ به القانون الألماني الجديد لسنة ١٩٨٦

(١) أقرأ نصوص هذا القانون بالفرنسية، المجلة الانتقادية ١٩٨٨ ص ٤٠٩ وما بعدها.

(م ٢٧ / ١) كما تأخذ به اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ الخاصة بالعقود (م ١ / ٣ و ٢) والتشريعات التي نقلت إلى قوانينها الداخلية نصوص هذه الاتفاقية وتلك التي أصبحت الاتفاقية نافذة فيها^(١). وهكذا يأخذ بهذا الحكم القانون الفرنسي ابتداءً من أول إبريل ١٩٩١ (تاريخ نفاذ اتفاقية روما فيها)، والقانون الإنجليزي الذي يتطلب أن يتم الاختيار *With reasonable certainty* وقانون لوكسمبورج والقانون البلجيكي والدنماركي^(٢).

واقضاء أن تكون الإرادة غير المعننة مؤكدة أمر تطلبه القانون التشيكي لسنة ١٩٦٣ (م ٩) وقانون الكيبك الصادر في ١٨ ديسمبر ١٩٩١ (م ٣١١١ مدني)^(٣). كما تتواضع الاتفاقات الدولية على هذا الاشتراط. فتأقية لاهى المتعلقة ببيع المنقولات المادية لسنة ١٩٥٥ تتطلب أن يتولد الاختيار الضمني بطريقة لا تثير أئنى شك *resulter indubitablement* من بين ثانياً نصوص العقد. وفقاً لاتفاقية لاهى في ١٤ مارس لسنة ١٩٧٨ المتعلقة بعقود الوساطة يلزم أن يتم الاختيار الضمني *avec une certitude raisonnable*. ويمقتضى اتفاقية لاهى الجديدة لسنة ١٩٨٦ الخاصة بالبيع يجب أن يكون الاختيار متولداً بصورة واضحة من عبارات العقد أو من مسلك الأطراف *resulter clairement des termes du contrat et du comportement de parites*.

- (١) وهى فرنسا وإيطاليا والدنمارك ولوكسمبورج وجمهورية ألمانيا وبلجيكا والمملكة المتحدة راجع فى التفاصيل مقال الأستاذ J. Foyer، العمل باتفاقية روما المبرمة فى ١٩ يونية ١٩٨٠ حول القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية *clunet*، ١٩٩١، ص ٦٠١، أنظر رقمى ٣ - ٤ ص ٦٠٢ - ٦٠٣.
- (٢) راجع فى هذه التشريعات مقال أستاذنا Lagarde بعنوان: القانون الدولى الخاص الجديد للعقود بعد العمل باتفاقية روما المبرمة فى ١٩ يونية ١٩٨٠، المجلة الانتقادية للقانون الدولى الخاص، ١٩٩١، ص ٢٨١ وما بعدها، أنظر بصفة خاصة ص ٢٨٩، والهوامش المذكورة فيها، وفترة ٢٣ ص ٣٠٣ وما بعدها.
- (٣) أنظر فى التعليق على هذا القانون مقال الأستاذ J. Castel، بعنوان: التعليق على بعض نصوص التقنين المئنى فى "الكيبك" المتعلقة بالقانون الدولى الخاص، منشور فى *clunet*، ١٩٩٢، ص ٦٢٥ وما بعدها، أنظر بصفة خاصة ص ٦٤٥.

٢- أما الاتجاه الثاني فهو الاتجاه الذى عزف عن التعويل على عملية الاختيار الضمنى تماماً مقدراً أن الصعوبات التى تحيط بالكشف عنه قد تفتح الطريق أمام القاضى أو المحكم للتحكم والقول بحلول لم تقصد إليها أبداً إرادة المتعاقدين. ونذكر من هذه القوانين التشريع البولندى (م ٢٥) والبرتغالى (م ١ / ٤١) والقانون المدنى الأسبانى (م ١٠ / ٥) والتركى (١ / ٢٤).

لكن ما قيمة هذه التشريعات بالنسبة لنا فيما يتعلق بالقيود الذى نود إيراده على إرادة المشرع المصرى بخصوص أعمال الإرادة الضمنية عند تطبيق قانون الإرادة فى مسائل العقود؟.

معناه ببساطة - وهذا هو ما يعنينا - أن هناك جانباً من التشريعات قد أنكر كل دور للإرادة الضمنية فى هذا المجال وعول وحسب على الإرادة الصريحة. وقد فعلت التشريعات ذلك تقديراً منها للصعوبات العملية التى قد تعترض القاضى والمحكم فى الكشف عنها. وبالنسبة لنا، فإتينا لا ننكر أن الإرادة الضمنية هى إرادة موجودة ويمكن الكشف عنها، غاية ما هنالك أننا نرى ضرورة أن يكون الكشف عنها بطريقة مؤكدة.

قيمة هذا الاشتراط من الناحية العملية:

تبدو قيمة هذا الاشتراط فى تقديرنا متى سلمنا بأنه يتعين على القاضى أن يكشف عن الأسباب التى جعلته يعول على الإرادة الضمنية وأن يحدد الأمارات والقرائن التى اعتمد عليها فى الوقوف على هذه الإرادة، وهو تقدير - وإن تمتع القاضى بسطان فى استنباطه والكشف عنه - يخضع فيه لرقابة المحكمة العليا، كما يعد الكشف من جانبه عن الإرادة الضمنية دون إبداء أسبابه قصوراً يتعين معه نقض حكمه.

فى استخلاص محدد المضمون نقرر: يجب أن تكون الإرادة الضمنية التى تكلمت عنها المادة ١٩ مدنى مصرى إرادة مؤكدة، بمعنى أن تكون ثمة

جملة من القران تقطع بما لا يدع مجالاً لشك^(١) في التعبير عن حقيقة المقصود المتمثل في اختيار قاتون دولة معينة للاتطابق على عقدهم. فإذا لم تكن الأملات والظروف والقرانن - التي تحيط بالعقد أو التي تنضح من عباراته - تدل على هذا الاختيار دلالة مؤكدة - على نحو ما يقضى به القانون المقارن - كان معنى ذلك أن إرادة الاختيار منتفية تماماً، وأن على القاضى أن ينتقل إلى الضوابط الأخرى الجامدة التي صاغها له مشرعه أو إلى تلك التي يستنبطها الفقه والقضاء في ضوء نص المادة ٢٤ منى مصرى.

أمثلة تكشف عن الإرادة الضمنية المؤكدة:

قد تكون الإرادة غير معلنة ولكن يمكن الكشف عنها بطريقة مؤكدة. فعادة ما تحوى العقود شروطاً يمكن أن تكشف بطريق غير مباشر عن إرادة الأطراف في الخضوع لحكم قاتون بعينه. وإليك بعض أمثلة للتحقيق والتأمل:

١- قرانن مستوحاة من نصوص العقد ذاته:

- إذا رجع المتعاقدان فى تنظيم عقدهم إلى عقد نموذجى معروف فى انجلترا مثلاً، أو إذا قرر الطرفان فى عقدهم أنه يمكن تكملته بالرجوع إلى قاتون دولة معينة، فيبدو أن الإرادة الضمنية هنا يمكن تفسيرها بصورة مؤكدة على أنها اختارت القاتون المرجع لحكم هذه العلاقة. فالقاتون المرجع هو النموذج الذى على هدى منه تم إبرام عقدهم والرجوع إلى أى قاتون آخر قد يشوه الغاية التى قصد إليها الطرفان من الرجوع إلى هذا القاتون أو ذلك، كما أنه قد يتعارض والوظيفة التى يكرسها له القانون المرجع والمعتبر "نموذجاً": إبرم العقد على مقتضاه^(٢).

- إذا أبرم عقد إذعان بين طرفين فقد يقال بأن طبيعة العقد ذاتها وانفراد طرف واحد بوضع شروط العقد والتى يقبلها الطرف المذعن دون مناقشة،

(١) لاحظ أن هذه الصورة أدخلها المشرع المصرى (م ٩٠ منى) فى عداد التعبير الصريح.

(٢) فى هذا المعنى، Mayer، الطبعة الرابعة، فقرة ٧١٢ ص ٤٤٧.

والرغبة فى إخضاع سائر العقود التى يضعها الموجب لقانون واحد قد تحمل على الاعتقاد بأن هناك اتفاقاً ضمناً مؤكداً يقضى بتطبيق قانون هذا الأخير^(١). ونحن لا نرى فى طبيعة العقد وحدها قرينة تحمل على القطع بأن الأفراد قد اختاروا قانون الموجب، وإذا كانت هذه هى رغبة الموجب فمن الصعوبة بحال أن تحمل إرادة المذعن على قبول هذا القانون فى كل الفروض. ويؤيدنا فيما نقول به أن هناك اتجاهات قضائية له تقله فى القانون المقارن يعمد إلى حماية الطرف الضعيف محاولاً تجنب تطبيق قانون الطرف القوى الذى انفرد بوضع شرائط هذا العقد^(٢).

- إذا أبرم طرفان فى مصر عقداً وأفرغوه فى تنظيم معين غير معروف إلا فى نظام قانونى محدد، كأن يكون فى صورة "ترست" مثلاً المعروف فى القانون الإنجليزى، فمن الممكن حمل الإرادة الضمنية ههنا على اختيار النظام القانونى الإنجليزى لحكم هذا العقد. واضح إذن أن الوظيفة الاقتصادية للعقد كانت محل اعتبار، بمعنى أن تصور إخضاع العقد لأى قانون آخر قد يشوه من وظيفة العقد ومن حقيقة الالتزامات المنبثقة عنه بما يخل وتوقعات أطرافه.

- إخضاع المتعاقدين - بمقتضى شرط مانح للاختصاص - المنازعات الناشئة عن عقودهم لقضاء دولة معينة لا يجب أن يحمل بمفرده على أنه يعد من قبيل الإرادة الضمنية المؤكدة على إخضاع العقد لقانون هذه الدولة^(٣). وكيف يحمل منفرداً على هذا المعنى ونحن نعلم أن تنازع القوانين قائم على الفصل بين الاختصاص التشريعى والاختصاص القضائى؟.

(١) فى هذا المعنى، Mayer، فقرة ٧١٢.

(٢) Batiffol et Lagarde، القانون الدولى الخاص، الجزء الثانى، فقرة ٥٩٣، ص ٣٠٩.

(٣) عكس ذلك أستاذنا Lagarde فى: القانون الدولى الخاص الجديد للعقد بعد العمل باتفاقية روما - ١٩ يونيو ١٩٨٠، المجلة الانتقادية، ١٩٩١ ص ٢٨٧، أنظر بصفة خاصة فقرة ٢٣ ص ٢٠٢.

- وإذا أشار المتعاقدون لنصوص قانون معين أو استخدموا الاصطلاحات المقررة في هذا القانون، فلا يجب حمل ذلك على أنه يعكس إرادتهم الضمنية نحو تطبيق هذا القانون على العقد في مجموعه.

- وإذا كان العقد يتصل بقانون أكثر من دولة في عين الوقت، وكان قانون إحداها يتضمن أحكاماً تنظم هذا النوع من العقود خلافاً للقوانين الأخرى، فإن ثمة اعتبارات مستمدة من مصلحة التجارة الدولية والرغبة في حماية توقعات الأطراف تجعل من المقبول تطبيق قانون الدولة الأولى بوصف ذلك من قبيل الإرادة الضمنية المؤكدة.

- إذا كان العقد على اتصال بقانون أكثر من دولة في نفس الوقت وكان قانون إحداها فحسب هو الذى يقضى باعتبار العقد صحيحاً بعكس القوانين الأخرى - المتصلة أيضاً بالعقد - والتي تقضى ببطلانه، فإن اعتبارات أيضاً مستمدة من مصلحة التجارة الدولية تجعل الباحث مطمئناً إلى حمل نية الأطراف الضمنية المؤكدة على اختيار قانون الدولة الأولى، سيما إذا كان الأطراف على علم بمضمون القوانين الأخرى التي تقضى بالبطلان^(١).

٢- قرآن مستوحاة من ظروف التعاقد:

- ومن القرآن التي يمكن الكشف عنها من ظروف التعاقد قرينة إخضاع العقد التابع للقانون الذى يحكم العقد الأصلي ما لم تقم قرينة أخرى تدحض هذا الاستنباط. وهكذا - مثلاً - فإن الكفالة يحكمها القانون الذى يحكم العقد الأصلي الذى تقررت الكفالة ضماناً له^(٢). أيضاً الوكالة فى إبرام عقد معين تخضع للقانون الذى يحكم هذا العقد. وتبدو هكذا قيمة هذا الكلام إن أدركنا أن العمليات الدولية Les opérations internationales عامة يتطلب

(١) فى هذا المعنى، ماير، الطبعة الرابعة، فقرة ٧١٤ ص ٤٤٨، هولر، فوابيه وأستاندا
دولا براديل، القانون الدولى الخاص، ١٩٨٧، فقرة ١٣٩٥ ص ٥٩٩ - ٦٠٠.

(٢) وسنجد فيما بعد أن الكفالة المصرفية تتمرد على الامتثال لهذه القرينة لاعتبارات عملية وقانونية، راجع ما سياتى ص ٣٦٢ وما بعدها.

تنفيذها في الغالب وجود مجموعة أو سلسلة من العقود تدور حول موضوع واحد، (قروض، عقود تأمين، وكالات، كفالات - عقود مقاوله). فمن الطبيعي إخضاع هذه العقود التبعية لذات القانون الذي يحكم العقد الأصلي اللهم إلا إذا كان ثمة أمارات أو قرائن قوية تدحض هذا المعنى.

- أيضاً من القرائن المستوحاة من ظروف التعاقد أن يكون العقد المبرم بين الطرفين مرتبطاً بعقود أخرى سابقة بين ذات الأطراف وكانت تتضمن اختياراً صريحاً بتطبيق قانون معين. على أن هذه القرينة لا تكفي في تقديرنا للكشف عن الإرادة الضمنية بصورة مؤكدة إلا إذا عزرتها قرائن أخرى بجوارها تنطق بها ظروف التعاقد أو نصوص العقد ذاته^(١).

وقد تتضامن الإمارات فيما بينها - سواء أكانت مستوحاة من ظروف التعاقد أم ناضحة من عبارات العقد - لتكشف عن الإرادة الضمنية المؤكدة في اختيار قانون معين. وإعمالاً لهذا التضافر أقرت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها في ٢٤ يناير ١٩٧٨ قضاة الموضوع فيما قرروه من حكم مؤداه إخضاع العقد للقانون الفرنسي قولاً بأن العقد قد أبرم في باريس وتم تحريره باللغة الفرنسية والألمانية وقد تضمن شرطاً يمنح الاختصاص لمحكمة البهين التجارية^(٢).

المطلب الثاني

وقت اختيار القانون الذي يحكم العقد

الوضع الطبيعي أن يختار الأطراف قانون العقد عند إبرامه. فإن كان الاختيار صريحاً فإنه عادة ما يتحقق بالنص عليه في صلب العقد ذاته أو في اتفاق آخر مستقل عنه. وإذا لم يكن هناك اختيار صريح، فإنه يهين على القاضى المصرى أن يبحث عن الإرادة الضمنية. وطريقه فى الكشف عن هذه

(١) انظر فى هذا المعنى، Lagarde، المجلة الانتقادية، ١٩٩١، سابق الإشارة إليه، فقرة ٢٣ ص ٣٠٤.

(٢) Rév. crit. 1978, 689 note Delaporte; J. C. P. 1978, II, 18821, concl. Gulphe.

الإرادة هو الاستعانة بالملايسات والظروف والأمارات التي تحف بالتعاقد والتي تكون قائمة وقت إبرام العقد.

وقد يحدث ألا يتفق الأطراف على هذا الاختيار وقت إبرام عقدهم وإنما يتحقق الاختيار في وقت لاحق على ذلك. وقد يحدث أن يصدر عنهم بصورة ضمنية مؤكدة بعد إبرامه ما يفيد اختيارهم لقانون معين. فهل يعتد بهذا الاختيار اللاحق؟

ليس ثمة أي سبب منطقي يدعونا لعدم الاعتداد بهذا الاختيار وإن تراخى وقت حدوثه. ويكون اختيارهم صحيحاً ولو وقع بعد طرح منازعتهم المتولدة عن هذا العقد أمام القضاء أو المحكم. وهذا الحل هو السائد في الفقه والقضاء والتشريعات في القانون المقارن^(١). وهو الذي يجب اعتماده في مصر حثوفاً على حكم المادة ١٩٩ / ١ الذي جاء عاماً لم يحدد الوقت الذي يُعتد فيه باختيار القانون الواجب التطبيق، فيستوى - والحال كذلك - أن يقع الاختيار وقت التعاقد أو في تاريخ لاحق عليه. والقول بغير ذلك يقوّض الغاية من قاعدة الإسناد ويناقض الهدف منها ويُجرد الأفراد من المكنة التي أعطاهم إياها المشرع دونما سند من القانون.

وإذا كانت حرية الاختيار لأطراف العقد متاحة سواء وقت التعاقد أو بعده، فهل يمكن لهم أن يعللوا عن هذا الاختيار إذا قدروا لسبب أو لآخر العهدة به لقانون آخر؟ لا شبهة لدينا في أن للأفراد الحق في هذا العدول. فمتى كان من المسلم أن لهم الحق في الاختيار اللاحق على إبرام العقد، فإن دواعي المنطق تخولهم الحق في هذا التعديل^(٢). وهذا الحل هو عينه الذي أخذت به اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ (م ٢/٣)، وقال به المشرع السويسري (م ٣ / ١١٦) والألماني الجديد (م ٢ / ٢٧)^(٣).

(١) أنظر تفاصيل ذلك مذكورة عند باتيفول ولاجار، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني من ٢٧٣ هامش ٦ ص ٢٧٤.
(٢) مايبير، الطبعة الخامسة، فقرة ٧١١ ص ٤٦٩، ديبى جيرار فقرة ٣١٧.
(٣) وفي ذلك تنص المادة ٢/٣ من اتفاقية روما على أنه "يجوز للأطراف، في أي وقت، الاتفاق على إخضاع العقد لقانون آخر غير ذلك الذي كان يحكمه قبلاً، كما تنص =

يبقى أن هذه الحرية في التعديل اللاحق للاختيار مقيدة بأمرين يجب مراعاتهما:

الأول: ألا يضر هذا التعديل بحقوق الغير الذين رتبوا معاملاتهم وأقاموا حساباتهم على القانون السابق الذي يراد العدول عنه. وهذا القيد منطقي، ذلك أن التعديل اللاحق سوف يسرى بأثر رجعي من وقت إبرام العقد^(١). **الثاني:** ألا ينال هذا التعديل اللاحق من صحة العقد الذي نشأ صحيحاً من حيث الشكل وفقاً للأوضاع المعمول بها في هذا القانون السابق^(٢).

المطلب الثالث

اختيار أكثر من قانون لحكم العقد

من يطالع نص المادة ١/١٩ السابق نكرها يراه يضع حكماً عاماً مؤداه أن لأفراد العقد أن يختاروا القانون الذي يحكمه. لكن هل يمكنهم اختيار أكثر من قانون لحكم الجوانب المختلفة للعقد؟. لا يسعنا النص ذاته في تحديد إجابة واضحة. فالنص يعوزه تفسير يضبط مدها ويحدد مضمونه. ولا سبيل لذلك إلا بالرجوع للحلول المعمول بها في القانون المقارن التي تكشف عن وجود اتجاهين:

الأول: يرى الأخذ بما يُسمى بوحدة العقد وعدم تجزئته، وهو ما يتطلب بالضرورة أن يختار الأطراف قانوناً واحداً ليحكم علاقتهم العقدية^(٣).

= المادة ٣/١١٦ سويسري على أنه "يجوز اختيار قانون العقد أو تعديل هذا الاختيار في أي وقت. فإن وقع ذلك في مرحلة لاحقة على إبرام العقد، فإن تطبيق القانون المختار يسرى بأثر رجعي من وقت الإبرام، مع التحفظ الخاص بحقوق الغير".

- (١) مايبير، فقرة ٧١١.
- (٢) اتفاقية روما (م ٢/٣) مايبير، فقرة ٧١١، أستاذنا Lagarde، المقابل السابق ص ٣٠٤، وأقرأ تفصيلات متعددة عند جان كرسنوف بومييه، المرجع السابق فقرة ١٥، ص ١٢٧ وما بعدها.
- (٣) من هذا الرأي في مصر، الدكتور عز الدين عبد الله، ص ٤٦٨، الدكتور منصور مصطفى منصور، ص ٣١٥، الدكتور فؤاد رياض والدكتور سامية راشد، ص ٣٢٨، الدكتور جابر جاد عبد الرحمن، فقرة ٨٦٦ ص ٥٣٦ - ٥٣٧، الدكتور بدر الدين =

ويستندون في ذلك إلى أن وحدة القانون المختص تكفل الانسجام للعملية التعاقدية. ولأن "وحدة العقد تتنافى مع محاولة تجزئته. كما وأن تطبيق قوانين متعددة يمكن أن يصطدم بصعوبات مختلفة، ويؤدي إلى نتائج غير مقبولة أحياناً"^(١).

ويبدو أن المذكرة الإيضاحية تنحاز لهذا الاتجاه. فقد قالت، إن المشرع قد قرر أن "الإلتزامات التعاقدية يسرى عليها القانون الذي يقرر المتعاقدان الخضوع لأحكامه صراحة أو ضمناً مع مراعاة الأحكام المقررة في هذه المادة. وهذا حكم عام يُمكن لسلطان الإرادة ويضمن وحدة القانون الواجب تطبيقه على العقد،".

الثاني، وهو ما نرجحه، وحاصله أن ليس هناك ما يمنع من تجزئة العقد وإخضاعه لأكثر من قانون. ففي مقدور الأطراف أن يخضعوا كل جانب من جوانب العقد لقانون معين، كأن يختارا قانوناً ليحكم تكوينه وآخر ليسرى على تنفيذه، بل ويمكنهم إخضاع التنفيذ لأكثر من قانون فيما لو تعددت الدول التي يمكن تنفيذه فيها.

ونرى الأخذ بهذا الحل في القانون المصري. ويسندنا فيما نراه جملة من الإعتبرات:

أ- إن مبررات وضع قاعدة الإسناد ذاتها المتضمنة في المادة ١٩ / ١ متمثلة في فكرة الأمان والتوقع واليقين، وهو ما يخدم مصالح التجارة الدولية، تقتضى الأخذ بفكرة التجزئة، وإخضاع العقد لأكثر من قانون.

ب- إن التشريعات الوضعية ذاتها، ومن بينها القانون المصري، تكرر فكرة تجزئة العقد. فالمركز القانوني الواحد، أو العلاقة الواحدة قد يخضعها

= عبد المنعم شوقي، الوسيط ١٩٩١، ص ١٨٦، الدكتور هشام صادق، ص ٦٦٧ وعكس ذلك، الدكتور محمد كمال فهمي، ص ٥٨٣، وأنظر في الفقه الفرنسي، باتيفول ولاجراد، فقرة ٥٧٤، ص ٢٧٢ وما بعدها، باتيفول، موسوعة القانون الدولي الجزء الأول - تحت عنوان عقود واتفاقيات، فقرة ٣٩.
(١) الدكتور فؤاد ديب ص ٣٢٤، ٣٢٥.

المشروع لأكثر من نظام قانوني. "فاعتبارات التركيز للمراكز القانونية تقتضى إخضاع بعض جوانب تكوين العقد - كالأهلية والشكل - وبعض أسباب انقضاء الالتزام - كالمقاصة - إلى غير قانون الإرادة، الأمر الذى من شأنه أن يذهب بمبدأ كفالة الانسجام للعملية التعاقدية"^(١). فوق ذلك، فإن القاضى نفسه وهو بصدد تطبيق قانون الإرادة الذى اختاره الأطراف قد يعمد إلى تجزئة العقد بأن يسحب بعض المسائل من نطاق تطبيق قانون العقد ويخضعها للقواعد ذات التطبيق الضرورى المتضمنة فى قانون آخر على ارتباط وثيق بالرابطة العقدية متى كانت هذه المسألة تدخل فى نطاق تطبيقه وفقاً للمذهب الأحادى فى تنازع القوانين^(٢).

ج- لا يصح الاحتجاج بما جاء فى المذكرة الإيضاحية. فما جاء فيها قديم تجاوزته التطورات الحديثة فى الفقه والقضاء والتشريعات فى القانون المقارن. فوق ذلك، فإن المذكرة الإيضاحية ذاتها تؤيدنا فى مذهبنا وذلك بقولها: "ويلاحظ أن المشرع قد اختار صيغة مرنة لا تقطع على القضاء سبيل الاجتهاد ولا تحول دون الانتفاع من كل تطور مقبل فى حركة الفقه...". فكان المذكرة قد أخذت بالشمال ما قدمته باليمين وراحت تؤكد على أن الأمر يتعلق بمسألة باب الاجتهاد فيها مفتوح وتقبل التفسير فى ضوء ما يكشف عنه التطور فى الفقه والقضاء. وأياً كان الأمر، فإن كلام المذكرة

(١) الدكتور عنایت عبد الحمید ثابت مؤلفه بالاشتراك مع الدكتور فواد ریاض والدكتورة سامية راشد، الطبعة الثانية ١٩٩٠، فقرة ٣٤٣، ص ٣٥١ فقرة ٣٤٦، ص ٣٦١، قرب وقارن الدكتور هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ١٩٩٥، فقرة ٣٢١ وما بعدها، ص ٣٦٦ وما بعدها، وفى فرنسا، أنظر التحليل الفذ للأستاذ جان كريستوف بومييه، مبدأ قانون الإرادة فى القانون الدولى الخاص الاتفاقي، عن دار Economica، ١٩٩٢، فقرة ١٢٠/٢، ص ١٢٠ وما بعدها.

(٢) أقرأ فى متابعة هذه الإتجاهات الحديثة فى مصر الدكتور هشام صادق، القانون الواجب التطبيق، فقرة، ٥٦٩، وما بعدها. وأقرأ حكم المادة ١/٧ من اتفاقية روما، وبومييه، فقرة ١٢٠/٢، ص ١٢٠.

الإيضاحية لا يعدو أن يكون تعبيراً عن رأى واضعها، وهى على أى حال ليست نص القانون.

د- إن هذا الحل هو الذى يؤمن به الاتجاه الحديث فى القانون المقارن. فهو السائد فى فرنسا قهراً وقضاءً وتشريعاً بعد نفاذ اتفاقية روما فيها، وبه يقول صراحة القانون الألمانى الجديد (م ٢٧ / ١ مدنى)^(١) وقننته اتفاقية روما الخاصة بالعقود الدولية لسنة ١٩٨٠ (م ١/٣)^(٢)، واتفاقية لاهأى لسنة ١٩٨٦ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع^(٣). وهو اتجاه على أى حال يجد مناصرة من جانب الفقه الحديث، فى العالم العربى وفى خارجه^(٤).

وهكذا نقرر أنه ليس هناك ما يحول دون تجزئة العقد وإخضاعه لأكثر من قانون. ويمكن للقاضى المصرى أن يجد فى حكم المادة ٢٤ مدنى سندا له فى تقرير حكمه باعتبار أن ذلك يعد تطبيقاً لمبدأ علم من مبادئ القانون الدولى الخاص. وبالتطبيق لذلك، إذا كتبت حوالب العقد قابلة للتجزئة أمكن إخضاع كل جانب لقانون بحكمه. مثال ذلك أن يتطوق الأمر بعقد تولى خاص ببيع معدات أو آلات من بلع أجنبى إلى مشتر فى مصر، ويتضمن العقد وعداً بتقديم المساعدة الفنية. فى هذه الحالة يكون من المتصور تملأ إخضاع عقد البيع ذاته للقانون،

(١) انظر فى فرنسا، Mayer، ققرة ٧١٤، وقرأ نص المادة ١/٢٧ التى تقول بإخضاع العقد للقانون الذى يختاره الأطراف اللتين يمكنهم "تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم فى جملة أو على جزء منه".

(٢) ومصول بها فى دول الاتحاد الأوروبى وصارت نافذة فيها.

(٣) انظر فى تلك المادة ١/٧، وقرأ ذلك عند جان كريستوف بومييه، المرجع السابق ققرة ١٢١ ص ١٢٠ - ١٢١ والمرجع المشار إليها فيه.

(٤) انظر فى الفقه المصرى، الدكتور محمد كمال فهمى، ص ٥٨٣ الذى يميز بين مرحلتين: تكوين العقد والأثر المترتبة عليه، والدكتور عنایت عبد العسید ثابت بالاشتراك مع الدكتور فؤاد رياض والدكتور سامية راشد، ص ٣٥١، والدكتور هشام صادق، فى القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، ققرة ٣٢٥ ص ٣٢٤ وما بعدها، وفى الفقه الفرنسى، مابير ققرة ٤-٧، جان كريستوف بومييه، ققرة ١٢٢ والمراجع الحديثة المشار إليها فيه.

وعملية المساعدة الفنية لقانون آخر^(١). كما يمكن أيضاً إخضاع تكوين العقد ذاته لقانون معين يوفر له الصحة، مع إخضاع آثاره المتبادلة لقانون آخر. بل إن الآثار المترتبة على عملية عقدية واحدة يمكن إخضاعها لأكثر من قانون^(٢).

يبقى أن نلاحظ في هذا الشأن أمرين لازمين:

الأول: أن الاتفاق على التجزئة قد يكون صريحاً، أو قد يستخلصه القاضى تفسيراً لإرادة الأطراف الضمنية، كأن يتفقا على إخضاع بعض جوانب العقد لقانون معين ثم يدعان الباقي دون تنظيم. أما إذا لم يكن هناك اختيار بالمرّة وطبق القاضى المصرى قانون موطن المتعاقدين إن اتحدا موطناً، أو قانون محل الإبرام كما تأمره المادة ١٩ / ١، فلا محل - فى تقديرنا - للكلام عن عملية تجزئة العقد. فالمشروع قد أمر بإخضاع العقد فى هذه الحالة، كوحدة واحدة، لقانون محدد بعينه.

الثانى: ألا تتال عملية تجزئة العقد من الانسجام الواجب بين مختلف جوانب الرابطة العقدية. بعبارة أخرى، يجب ألا تفتنت هذه التجزئة على الارتباط المفترض بين بعض جوانب العقد الذى تفرضه اعتبارات قانونية واقتصادية^(٣). وهكذا يمكن أن نقرر أن ضرورة الحفاظ على الانسجام الواجب بين جوانب العقد، من الوجهتين القانونية والاقتصادية، يعد بمثابة الشرط الأساسى الذى تتوقف عليه إمكانية تجزئة العقد وإخضاعه لأكثر من قانون فى وقت واحد.

(١) ماير، الطبعة الخامسة، فقرة ٧٠٤ ص ٤٦٤.

(٢) ولهذا لم يتردد القضاء الفرنسى فى التسليم بصحة الاتفاق الذى بمقتضاه أخضع المتعاقدان عقداً دولياً لنقل البضاعة بحراً لقانون الإرادة وهو القانون الهولندى، والتسليم فى عين الوقت بسلامة الاتفاق على إخضاع مسألة المهلة المحددة لتفريغ البضاعة والتعويض الذى يكون للشاحن عند التأخير عن هذا الميعاد، لقانون آخر مختلف وهو القانون الفرنسى، استئناف ديجون فى ٤ مارس ١٩٧١، المجلة الانتقادية، ١٩٧٢، ص ٧١٤.

(٣) جان كريستوف بومييه، فقرة ١٢٢، وفى متابعة هذا الاتجاه فى الفقه المصرى، الدكتور هشام صادق، القانون الواجب التطبيق، ص ٣٧٤ وما بعدها، وقارن مع ما يقول به فى المطول، فقرة ١٨٧، ص ٦٦٤ وما بعدها.

المطلب الرابع مدى تطلب وجود رابطة بين العقد والقانون المختار

إذا تكلمنا عن ضابط "قانون الإرادة" بوصفه ضابط إسناد في مسائل العقود، فإنما يكون المقصود بذلك أن يكون لأطراف العقد في القانون الدولي الخاص اختيار القانون الذي يحكم روابطهم العقدية من حيث الموضوع^(١). حرية الاختيار هذه المخولة للأفراد بمقتضى قاعدة الإسناد (م ١٩ مدنى مصرى) هل هي مطلقة أم مقيدة؟ أثارت المسألة في القانون المقارن اختلافات عديدة:

الاتجاه الأول: جانب من التشريعات وبعض رجال الفقه^(٢) يرون أن حرية الأفراد مطلقة تماماً ويكون لهم أن يختاروا القانون الذى يرتضونه دون قيد فى هذا الشأن. فالمشرع - أو القاضى - حين يعول على الإرادة كضابط للإسناد فإنما غايته تفويض الأفراد - بمقتضى قاعدة الإسناد - فى اختيار القانون الذى يحكم الرابطة العقدية بينهم، وهو تفويض على "بياض". وهذا هو وجه الخصوصية فى قاعدة "قانون الإرادة" التى لا تتطلب أية رابطة موضوعية فى هذا الخصوص. ويؤيد ذلك النظر أن أطراف العقد حين يضمنون عقدهم شرطاً بتطبيق قانون معين فإنهم لا يقصدون البتة تركيز عقدهم فى كنف

Au fond du contrat au à la substance.

(١)

(٢) وأنظر فى الفقه:

Jacquet (J. M.) Principes d'autonomie et contrats internationaux. Economica, Paris. 1983. No 346 ets; Deby - Gerard, op. cit No 327, P. 261. F. Rigaux, traité. Tome 2., No. 1121 P. 370, A. Curti - Gialdino, L'autonomie de la volonté des parties en droit International privé, cours la Haye 1972. 111, P. 751. V. P. 833, Ph. Kahn, La vente commerciale, Paris, 1961, P. 236 - 237, Claude Ferry, La validité des contrats en droit international privé, 1991, m No 699, P. 439. Holleaux (D.), Foyer (J.) et de la Pradelle (G.), droit international privé, 1987. Nop 1385, P. 596, Rabel, Conflict of laws, 11. P. 427 ets. V. les auteurs cités par Batiffol et Lagarde, T. II, op. cit., P. 272, Note (1), No 574.

نظام قانوني معين^(١)، وإنما يحددون من غير شبهة القانون المختص^(٢). ويضيف البعض قوله أنه إذا كان من المسلم إمكانية اختيار أحد القوانين المتصلة بالعقد وهو ما يعنى التضحية بالقوانين الأخرى (المتصلة بالرابطه العقدية) لمصلحة قانون واحد من بين هذه القوانين، فإن المنطق ذاته يوجب التسليم بإمكانية استبعاد كافة القوانين المتصلة بالعقد لحساب قانون آخر على غير اتصال به متى لم يكن ثمة غش نحو القانون^(٣).

والظاهر أن هذا الحل له سند تشريعي في فرنسا وغيرها من الدول التي صارت فيها اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ (الخاصة بالعقود الدولية) نافذة المفعول. فالمادة الثالثة من هذه الاتفاقية لم تورد أى قيد على حرية الأفراد في اختيار القانون الذى يحكم عقدهم.

الاتجاه الثامن: على النقيض من الاتجاه المتقدم يذهب فريق آخر من الفقه^(٤) ومعه بعض التشريعات فى القانون المقارن إلى ضرورة وجود ثمة "صلة" أو "علاقة" أو "رابطه" بين العقد والقانون المختار لحكمه. ولا شك فى أن ما تقول به نظرية باتيفول من أن اختيار الأفراد الصريح أو الضمنى أمر لا يعدو أن يكون عنصراً من عناصر تركيز العقد، من شأنه أن يفضى إلى ضرورة أن تكون ثمة رابطه موضوعية فى هذا الشأن. ومع ذلك نجد أن الأستاذ باتيفول يكتفى - وهو ما نراه فى عمق التحليل غير موافق لمقدمات نظريته - بأن تكون هذه الصلة نابعة من حاجات المعاملات والتجارة الدولية^(٥).

(١) عكس ذلك، الأستاذ Bariffol، راجع مولفه بالاشتراك مع لاجارد، فقرة ٥٧٣، وفى تأييده لوسوران وبريدان، قانون التجارة الدولية ١٩٦٩ فقرة ٥١٢ ص ٥٩٤.

(٢) Claude Ferry، صحة العقود فى القانون الدولى الخاص الفرنسى والأمريكى سابق الإشارة إليه، فقرة ٢٤، ص ٢٤.

(٣) Rabel. Conflict of laws, op. cit., P. 427 ets. Claude Ferry, La validité des contrats. Op. cit., No 23, P. 22.

(٤) باتيفول وللاجارد، فقرة ٥٧٤؛ لوسوران وبريدان، فقرة ٥١٢.

(٥) باتيفول وللاجارد، المرجع السابق، فقرة ٥٧٤ ص ٢٧٣، وقلرن لوسوران وبريدان، قانون التجارة الدولية فى المرجع السابق، فقرة ٥١٢ ص ٥٩٤ - ٥٩٥.

موقف القانون المصري:

والسؤال الآن: ما هو الحل المتصور في القانون المصري؟ للإجابة على ذلك نقرر أن نص المادة ١٩ مدنى مصرى الذى يخول الأفراد حرية اختيار القانون الذى يحكم عقدهم جاء عاماً ومطلقاً دون قيد أو شرط. فى عبارة أخرى، ظاهر النص جاء مطلقاً لا يفرض قيماً بين العقد والقانون المختار لحكمه. فهل يعنى ذلك إمكانية أن يأتى اختيار الأفراد للقانون الذى يحكم عقدهم منبث الصلة بالعقد؟

ينعقد الإجماع^(١) فى الفقه المصرى على ضرورة أن تكون هناك رابطة أو صلة ليس مشروطاً فيها أن يكون القانون المختار متصللاً بالعقد عن طريق أحد عناصره بأن يكون مَثلاً هو قانون جنسية أحد أطراف العقد أو قانون محل إبرامه أو قانون موقع المال أو قانون دولة التنفيذ. فيكفى أن تتبع هذه الصلة من حاجة المعاملات التجارية الدولية، وهو عين الرأى الذى انتهى إليه الأستاذ باتيفول ليرفع التناقض بين نظرية التركيز وحرية الأطراف فى اختيار قانون عقدهم.

هذا، وقد عاود بعض الفقه فى مصر طرح هذه المسألة فى صياغة جديدة، فلم يعد - على ما يبدو - يستلزم أن تكون الصلة مستوحاة من مصالح التجارة والمعاملات الدولية وإنما يجب أن ينحصر نطاقها فى حدود القوانين

(١) الدكتور عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص، الجزء الثانى، الطبعة التاسعة ١٩٨٦ ص ٤٤٣، أستاذنا الدكتور فؤاد رياض، الوسيط، الجزء الثانى ١٩٩٢، ص ٣٢٧ الدكتور منصور مصطفى منصور، مذكرات فى القانون الدولى الخاص - تنازع القوانين، ١٩٥٦ - ١٩٥٧، ص ٣٠٩، الدكتور هشام صادق، تنازع القوانين الطبعة الثالثة، ١٩٧٤، فقرة ١٨٥ ص ٦٦٠ وما بعدها، الدكتور ماهر إبراهيم الاسداوى، القانون الدولى الخاص، الجزء الأول ١٩٧٩، فقرة ٣٢٥، ص ٣٦٠، الدكتور صلاح المقدم، تنازع القوانين فى سندات الشحن ومشاركات إيجار السفينة، رسالة (الدار الجامعية) فقرة ١٦٤، ص ١٨٣ وما بعدها، المستشار الدكتور منير عبد المجيد، حول مفهوم القانون المحدد بمعرفة الأطراف فى العقود الخاصة الدولية، المحاماة - السنة الحادية والسبعون، ص ٤٢، أنظر ص ٦٠ الدكتور بدر الدين عبد المنعم شوقى، الوسيط فى القانون الدولى الخاص المصرى، ١٩٩١ ص ١٨٥.

ولا خشية من إيراد هذا الاستثناء لأمرين: الأول، أنه متى لم يستخدم الأطراف الرخصة المخولة بمقتضى قاعدة الإسناد الخاصة بقانون الإرادة - وهذا هو الغالب - ارتدت الأمور إلى نصابها الأصلي ووجب أن تتحقق هذه "الرابطه الموضوعية"، سواء أكان المشرع قد قنن هذه الرابطة في ضوابط معينة كما فعل المشرع المصري أو تركها لاجتهاد القاضى كما هو الغالب فى التشريعات. والثانى: أن اختيار القانون - والفرض فيه أنه لا يمثل مركز الثقل فى العلاقة من جانب وقد لا يكون من بين القوانين المتصلة بالعلاقة من جانب آخر - لا يجب أن يبعث على القلق مطلقاً. فالدفع بالغش نحو القانون يحرس كل تعد متصور على فلسفة المشرع التى صاغها فى قواعد الإسناد عنده. كما أن الدفع بالنظام العام الدولى وتعدد قوانين البوليس فى دولة القاضى، وإمكانية أن يطبق القاضى الوطنى قواعد البوليس الأجنبية كلها اعتبارات تقيد من إطلاق قانون الإرادة، فيما لو تم اختيار القانون الأجنبى على الصورة المتقدمة.

على ضوء الاعتبارات المتقدمة ما هو الحل الذى نراه فى ظل المادة

١٩ / مدنى مصرى؟.

أولاً: نحن نرى أنه ليس من الضرورى أن يكون القانون المختار من قبل الأطراف متصلًا بالعلاقة برابطة وثيقة، ولا أن يكون هذا القانون من القوانين المتصلة اتصالاً مادياً بالعلاقة. ويكفى عندنا للقول بوجود هذه الرابطة أن يكون للأطراف "مصلحة مشروعة حقيقية وجدية"^(١) فى اختيار قانون معين ليحكم عقدهم. وتتحدد مشروعية هذه المصلحة وجديتها بالرجوع إلى القانون المختار وقانون القاضى الناظر فى المنازعة. وبعبارة أخرى، تتحدد هذه الأوصاف فى ضوء المزج بين القانون الواجب التطبيق وقانون القاضى المثار أمامه الأمر دون أن يغيب عن الذهن لحظة أن الهدف النهائى هو تحقيق مصلحة التجارة الدولية وهو ما يقتضى من القاضى إبداء مرونة عالية فى تقديره للمسائل دون تقيد بالقوالب الجامدة فى قانونه الوطنى.

(١) يلاحظ أن المصلحة هى التى تكون حقيقية وليست الصلة بين العقد والقانون المختار.

ثانياً: وما دمننا نشترط أن يكون للأفراد مصلحة "جدية وحقيقية ومشروعة" فإن من شأن ذلك أن يكون كل اختيار مغشوش أو مصطنع لا قيمة له وعديم الفائدة. كما يكون كل اختيار غير "حقيقي" أو غير "طبيعي" innormal، أو بسوء نية، أو غير "معقول" هو والعدم سواء، يسترد معه المشرع أو القاضى تحديد القانون الواجب الأعمال فى ضوء فكرة "الرابطة" الموضوعية. ومتى توافرت هذه الأوصاف صح من بعد ذلك أن ننتعت الصلة بين العقد والقانون المختار بأنها صلة "معقولة" و"منطقية". ولا محل بعد ذلك بالمحاجة علينا بأن فى مقدور الأطراف من خلال هذا الاختيار الإفلات من الأحكام الأمرة فى القوانين التى ترتبط بالعقد ارتباطاً فعلياً، دون أن يكون للقاضى مكنة رد قصدهم بسبب الصعوبات العملية التى تقف عقبة أمام أعمال نظرية الغش نحو القانون فى مسائل العقود^(١). ذلك أن من المسلم به أن قوانين البوليس الوطنية والأجنبية – التى يمكن للقاضى أن يطبقها كذلك – من شأنها أن تحول دون أعمال مثل هذا الاختيار. فاختيار القانون الواجب التطبيق مشروط بشرط جوهرى وجوده لازم – وإن كان غير كاف – مؤداه ألا يتدرب عليه التحرر من القواعد ذات التطبيق الضرورى والمباشر (قوانين البوليس) فى قانون القاضى والقوانين الأخرى الأجنبية المرتبطة بالعقد^(٢).

وبالتطبيق لما تقدم تتحقق الصلة بين العقد والقانون المختار إذا كان مردها الخصائص الاقتصادية للعملية العقدية. وعلى ذلك يمكن اختيار القانون الإنجليزى نبحكم عقد نقل بحرى بقصد تيسير تنفيذ العقد، وبصفة خاصة فى مواجهة الغير (كالمصارف) الذين ينتمون لوسط تجارى على معرفة وألفة بالقانون الإنجليزى. كما تتوافر الصلة عند اختيار قانون اشتهر بوضع شروط

(١) V. France scakis (Ph.), Rep. Dalloz dr. int., Vo Fraude á la loi, No 57 etss

(٢) فى هذا المعنى أيضاً، Mayer القانون الدولى الخاص، الطبعة الرابعة، ص ٤٣٦.

نموذجية موحدة للعقد، كما هو الشأن بالنسبة للقانون الإنجليزي الذى ينظم بعض العقود كالتأمين البحرى وتجارة الحبوب^(١).

اساس هذا العهل:

إذا كان نص المادة ١٩ مذنى مصرى قد جاء مطلقاً من كل قيد وشرط فمن أين جئ بهذا القيد وما هو سند وروده؟.

بطبيعة الحال لا يكفى لإيراد قيد لم يقل به النص أن نقول بأن الإجماع الفقهى منعقد على تقييد النص وفى هذا الكفاية. لا يكفى هذا ولا يصح من الوجهة القانونية. فصنعة الغتة تقف عند التفسير والتقييم والتوجيه ولا تتغول على عمل المشرع بأى وجه من الوجوه ولو بفرض شروط لاعمال نص لم يقل بها أو تقييد مطلق أو تخصيص عام.

والراى عندى أن هذا القيد يمكن نسبته إلى المشرع المصرى نفسه الذى أودع إرادته فى المادة ٢٤ مذنى التى تخول القاضى مكنة إنشاء قاعدة إسناد بالرجوع إلى المبادئ العامة فى القانون الدولى الخاصى فيما لم يرد بشأنه قاعدة إسناد تشريعية. فإذا كان للقاضى أن يخلق قاعدة إسناد وفق هذا النص، فإن له أيضاً - نزولاً على حكم المبادئ العامة فى القانون الدولى الخاص - أن يورد قيدا على ما هو مطلق. فمن يملك الأكثر يملك الأقل.

والحق أن القيد بالمفهوم المرن الذى حددناه يكاد يكون محل إجماع فى القانون المقارن. فهو الذى يقول به الفقه المعتمد فى فرنسا حتى فى ظل نظرية التركيز^(٢)، كما لا تلفظ الأخذ به اتفاقية روما الخاصة بتنازع القوانين فى مسائل العقود والتى أصبحت نافذة المفعول فى فرنسا منذ أول أبريل ١٩٩١^(٣).

(١) باتيفول ولاجار، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص ٢٧٣، والمراجع المشار إليها فيه.

(٢) باتيفول ولاجار، ص ٢٧٣.

(٣) قارن مع أستاذنا Lagarde، مقاله:

Le nouveau droit international privé des contrats après L'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 Juin 1980, revue critique, 1991, P. 287 ets, V. No 20, P. 301.

فوق ذلك، فإنه إذا كان كثير من التشريعات يتطلب ضرورة وجود صلة بالمعنى الجامد، فإن اقتضاءها بالمرونة التي نراها تكون من باب أولى. فالقانون البولندي لسنة ١٩٦٦ يتطلب أن تكون هناك "علاقة" relation بين العقد والقانون المختار (م ٢٥ / ١)^(١)، بينما يتطلب القانون البرتغالي لسنة ١٩٦٧ (م ٤١ / ٢) أحد أمرين: أن يحقق القانون المختار "مصلحة جديّة" un intérêt sérieux لأطراف العقد أو أن يكون على صلة en rapport بأحد عناصر الرابطة العقدية^(٢). وفي القانون المدني الأسباني لسنة ١٩٧٤ يتعين أن تكون هناك "صلة أيّاً كانت" بالعقد pourvu que cette loi ait un rapport quelconque avec le contrat don't il s'agit^(٣). زد على هذا أن اشتراط أن يكون القانون المختار لحكم العقد قد تم "بحسن نية" أو بطريقة معقولة أو أن يكون من شأنه تحقيق "مصلحة مشروعة"، هو رأى القائلين بأن حرية الأطراف في الاختيار حرية مطلقة وغير مقيدة^(٤). واقتضاء هذا القيد "اللين" غير الجامد مأخوذ به في القضاء الإنجليزي والأمريكي والسويسري والألماني^(٥).

ولئن أردنا بعد ذلك أن نضع لموقف مشرعنا تصنيفاً بين النظرية الموضوعية والنظرية الشخصية لقلنا: إذا كان الأمر يتعلق بالاختيار الصريح (ومعه الاختيار الضمني المؤكد) فإن المشرع المصري يكون قد انحاز للنظرية الشخصية ولكن من غير إطلاق حيث يلزم أن يكون ثمة قيد يحد من إطلاقات هذا الاختيار يتمثل في وجود مصلحة "حقيقية" وجديّة ومشروعة للأفراد من

(١) اقرأ نصوص هذا القانون بالفرنسية في المجلة الانتقادية، ١٩٦٦، ص ٣٢٣ وما بعدها.

(٢) اقرأ نصوص هذا القانون بالفرنسية في المجلة الانتقادية، ١٩٦٨ ص ٣٧٣ وما بعدها.

(٣) طالع نصوص هذا القانون بالفرنسية في المجلة الانتقادية، ١٩٧٦، ص ٣٩٧ وما بعدها.

(٤) أنظر تفاصيل ذلك مذكورة عند باتيفول ولاجارد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، ص ٢٧٣، وهامش (٦) ص ٢٧٤.

(٥) في هذا القضاء أنظر، لوسوارن وبريدان، قانون التجارة الدولية، المرجع السابق، فقرة ٥١٢ ص ٥٩٤ - ٥٩٥.

وراء هذا الاختيار. وفي حال تخلف الإرادة انحاز المشرع المصري للنظرية الموضوعية عبر ضوابط إسناد عامة (تسرى على كافة العقود) وجامعة (لا تأخذ في الحسبان الطبيعة الخاصة بكل عقد) تتمثل في إعمال قانون الموطن المشترك، فإن لم يتحقق، طبق قانون محل الإبرام على الترتيب. وعلى ضوء التحليل المتقدم لموقف المشرع المصري نؤكد أنه قد اعتنق مذهباً مزدوجاً:

- فحيث تكون الإرادة صريحة أو ضمنية (مؤكد) جاء ظاهر النص مطلقاً لم يقيد الأطراف بقيد من حيث الاختيار إلا أن يكون الأمر متعلقاً بعقد دولي. ومع ذلك فإن هذا الإطلاق الظاهر يرد عليه - وعلى ما أوضحنا - قيد "مرن" من بحيث ضرورة أن تكون ثمة صلة بين القانون المختار والعقد الذي يخضع لحكمه، صلة لا يلزم معها أن يكون القانون المختار على اتصال بمركز الثقل في العلاقة، ولا ضرورة أن يكون الاختيار منصباً على أحد القوانين المتصلة بالرابطه العقدية. وإنما قد يكون هذا القانون "محايداً" زكى اختياره اعتبارات مستمدة من مصلحة التجارة الدولية. في هذه الحالة نرى أن مشرعنا المصري قد انحاز للنظرية الشخصية من حيث المبدأ دون إهمال للجوانب الموضوعية المتمثلة في ضرورة وجود صلة مرنة بين القانون المختار والعقد الذي يخضع لحكمه.

- أما حيث ينتفى الاختيار، فإن المشرع المصري قد اضطلع بنفسه بعملية تركيز محددة: تركيز للرابطه ذاتها في مكان محدد، وليس تركيزاً للإرادة إذ الفرض فيها في هذه الحالة أنها منتفية. ويتم هذا التركيز في قانون موطن المتعاقدين إن اتحدا موطناً وإلا ففي محل الإبرام على الترتيب.

المطلب الخامس علم اختيار قانون يحكم العقد

الفرض في هذه الحالة أن الأطراف لم يتفقوا صراحة على قانون معين ليحكم عقدهم من ناحية، وأن القاضى أو المحكم الناظر في الأمر لم يتوصل من خلال ظروف التعاقد أو العبارات المنسابة من العقد ذاته إلى الكشف عن إرادتهم الضمنية من ناحية أخرى. في كلام محدد: نحن هنا إزاء وضع يتخلف فيه قانون الإرادة تماماً، فلا إرادة معلنة للأفراد، ولا إرادة غير معلنة أمكن نسبتها إليهم. في مثل هذا الفرض ماذا يكون الحل؟.

الجائز ببصره على الموقف في القانون المقارن في مثل هذا الفرض يمكنه أن يرصد عدة اتجاهات مختلفة للإسناد تقوم على التركيز الموضوعي للعقد سواء أكان هذا التركيز قضائياً أم تشريعياً.

الاتجاه الأول: وهو الاتجاه يمكن نعتة "بالمبوية" و"الجمود":

في هذا الاتجاه، يقوم المشرع بنفسه بعملية التركيز الموضوعية للرابطة عند تخلف قانون الإرادة محددًا بذلك، وبصورة أمره القانون الواجب التطبيق. فلقد أمر المشرع وعلى القاضى الطاعة والنزول على حكمه الذى أودعه النص.

وتتعدد التشريعات التى اتخذت هذا المسلك. من بينها القانون المصرى الذى يقضى - فى هذا الفرض - بتطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، إن اتحدا موطنًا، وإلا فقانون محل إبرام العقد إن اختلفا موطنًا (م ١٩ مدنى)^(١). والمنهج عينه سلكه المشرع الإيطالى فى المادة ١/٢٥ حين قال بإعمال قانون الجنسية المشتركة بين المتعاقدين إن اتحدا جنسيته، وإلا فقانون محل إبرام التصرف إن اختلفا فى الجنسية. ويحسب فى ذات الاتجاه القانون المدنى

(١) وعلى غرار القانون المصرى تأخذ غالبية التشريعات العربية بهذا الحل. من ذلك القانون المدنى الجزائرى (م ٢٠) والقانون المدنى العراقى (م ٢٥) والقانون الكويتى (م ٥٩) والقانون المدنى الليبى (م ١٩).

الإسباني الذي تنص فيه المادة ١١ / ٥ على أن الالتزامات التعاقدية تخضع في حالة تخلف قانون الإرادة الصريحة - لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين إن اتحدا جنسية، وعند تخلفه فلقانون محل إقامتهما العادية المشترك إن كان واحداً، وإلا فلقانون محل إبرام التصرف.

ولا شك أن هذا الاتجاه الذي يحدد الإسناد على وجه إلزامي من شأنه أن يحيط الأفراد معرفة بالقانون الواجب التطبيق مقدماً^(١). وهو ما يتحقق معه الأمان القانوني لأطراف العلاقة^(٢). وفيما وراء هذه الميزة، فإن باحثاً لا يستطيع أن ينعتة إلا بأنه حل "ص" ينساب النقص من بين يديه، يعجز عن مواجهة التطورات الجديدة في أنواع العقود المختلفة التي يبعد فيها مركز الثقل عن هذه الأماكن التي جئ على ذكرها كما هو الحال مثلاً في "عقدى الترخيص التجاري" والعمل وغيرهما كثير.

والمأخذ على هذا المنهج أساسها الخصائص التي يتصف بها من كونه "عاماً وجامداً". فهو عام يسرى بالنسبة لكافة العقود دون تمييز بينها ودون نظر إلى ما يتسم به كل منهما من طبيعة خاصة. فهو يسرى - أى المنهج - إن طبق على إطلاقه دون تمييز مثلاً على عقد العمل على خطورته وعقد إيجار منقول من المنقولات المادية مع ما بين الاثنين من فارق وأهمية أوجبت تنظيم الأول بمجموعة من القوانين ذات التطبيق الضروري. لقد افترض هذا المنهج أن مركز الثقل في كافة العقود هو على وجه اللزوم في الدولة التي يتوطن فيها المتعاقدان عند اشتراك موطنهما وإلا ففي قانون محل الإبرام أو غيره وهي

(١) Sur ce sujet, Wengler (w), l'évolution du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable, Rev. crit. 1990, P. 657 etss.

(٢) Deby - Gerard، المرجع السابق، فقرة ٢٢٢ ص ٢٥٨، هولوفواييه ودولا براديل، القانون الدولي الخاص، ١٩٨٧، فقرة ١٣٨٨ ص ٥٩٨، وانظر في مصر الدكتور هشام صادق، الموجز....، ١٩٩٢، سابق الإشارة إليه ص ٣١٠، الدكتور صلاح محمد المقدم، تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات إيجار السفينة، رسالة. الدار الجامعية (غير مذكورة فيه سنة الطبع) فقرة ١٧٣، ص ١٩٨.

مفترضات كثيراً ما لا تصدق، وبصفة خاصة بالنسبة لمحل الإبرام والذي غالباً ما يكون عرضياً تلعب الصدفة دوراً كبيراً في تحقيقه.

في عبارة مركزة: خطورة هذا الحل أنه يتجاهل الطبيعة الخاصة بكل عقد حين يضع قاعدة إسناد عامة وكثيراً ما لا يعبر عن مركز النقل في العلاقة الأمر الذي يبدو نشازاً في إطار المنهج العام لقواعد التنازع التي تربط قاعدة الإسناد بمركز النقل في العلاقة.

ولعل هذه المعايير هي التي دفعت بالفقه المصري في مجموعه إلى القول بأن ضوابط الإسناد المقررة في المادة ١٩ مدني لا تنطبق في شأن كافة العقود^(١). فثمة عقود تخرج من مضمون الفكرة المسندة للمادة ١٩ بالنظر لطبيعتها الذاتية والتي توجب تكريس إسناد خاص مستقل بها كما هو الشأن مثلاً في عقد العمل^(٢)، وسند الشحن^(٣) والأوراق التجارية^(٤). ولا شبهة في أن الجمود الذي تتسم به الضوابط الاحتياطية المندرجة في المادة ١٩ مصري هو جمود نسبي يظلم من حدته وجود المادة ٢٤ مدني مصري التي تسمح اجتهداً بخلق قواعد إسناد جديدة تنطبق بشأن العقود ذات الطبيعة الخاصة والتي يضيق بها نص المادة ١٩ من واقع جموده الذي يتصف به. وهذا هو بالفعل ما سلكه قضاء محكمة العليا الرائد في عقد العمل وفي الاعتمادات المستقبلية وهو قضاء مهد له اجتهاد الفقه المعتمد في مصر.

وإذا أردنا أن نبلور الاتجاه المتقدم لقلنا: إنه اتجاه يقوم على عملية تركيز تشريعي، أمر وملزم للقاضي. فيه جمود وإطلاق يجعله يسرى على

(١) أستاذنا الدكتور فؤاد رياض بالاشتراك مع الدكتورة سامية راشد، الوسيط ... ١٩٩٢، المرجع السابق، فقرة ٤٦٥، ص ٣٣٥ وما بعدها، الدكتور هشام صادق، تنازع القوانين الطبيعة الثالثة، ١٩٧٤، فقرة ١٨٨ ص ٦٨٢، وما بعدها، ومؤلفه مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين في العلاقات الخاصة الدولية، ١٩٨٧ (المكتبة الفنية)، فقرة ٩٨ ص ١٣٤ وما بعدها.

(٢) اقرأ في ذلك رسالة الأستاذ المستشار الدكتور منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، رسالة، منشأة المعارف ١٩٩١.

(٣) في التفاصيل الدكتور صلاح محمد المقدم، تنازع القوانين في سندات الشحن ... المرجع السابق، فقرة ١٧٧ ص ٢٠٣ وما بعدها.

(٤) مولفنا في تنازع القوانين في الأوراق التجارية، الدار الجامعية ١٩٨٨.

سانر العقود دون تمييز بينها بحسب طبيعتها، على أن هذا الجمود يُلطف منه في مصر وجود المادة ٢٤ مدنى مصرى على نحو ما أوضحناه.

الاتجاه الثانى: وهو اتجاه يقوم فيه القاضى وليس المشرع بعملية التركيز "الموضوعية":

ومن هذه الزاوية يتضح وجه المرونة فى شأنه إن قورن بسابقه. هذا الاتجاه هو الذى كان سائداً قبل أول إبريل ١٩٩١ - تاريخ نفاذ اتفاقية روما - فى فرنسا تكريساً لفقهِ الأستاذ باتيفول فى جانب كبير منه. ومضمونه كما رأينا العهدة لحكمة القاضى بإجراء هذا التركيز وتحديد القانون الواجب التطبيق، ومن غير أن يحدد له المشرع موجهات معينة يسير على هداها^(١). ويعول القاضى - فى ظل هذا الاتجاه - على جملة من الأمارات منها ما هو ذو طبيعة شخصية (شروط مدرجة فى العقد مثلاً تحمل على الاعتقاد بأن الأطراف - وإن لم يصرحوا بذلك - قد قصدوا إلى تطبيق قانون معين) وعناصر أخرى موضوعية تكشف عن مركز الثقل فى العلاقة (محل التنفيذ - مكان الإبرام - موطن الأطراف، جنسيتهم المشتركة الخ). فليس هناك - كما رأينا - فصل بين الاختيار الصريح والاختيار الضمنى وغياب الاختيار. غاية ما هنالك أن القاضى يقيم وزناً أكبر وقيمة أقوى للأمارات الموضوعية بالنسبة للأمارات الشخصية^(٢).

وهكذا فى ظل هذه النظرية تكون مهمة القاضى الكشف عن أكثر القوانين اتصالاً بالعلاقة وإعماله ناظراً إلى إرادة الأطراف على أنها مجرد عنصر من بين عناصر التركيز. والمسلك ذاته هو الذى يختطه القضاء الإنجليزى - عند تخلف الإرادة - بحثاً عما يسمونه بالقانون الخاص بالعقد^(٣).

.the proper law of the contract

(١) Deby - Gerard، المرجع السابق، فقرة ٣٢٣ ص ٢٥٨.

(٢) الأستاذ مايير، القانون الدولى الخاص، الطبعة الرابعة، فقرة ٧٠٨، ص ٤٤٥.

(٣) راجع فى تفصيلات ذلك فى القانون الإنجليزى:

Dicey - Morris. The conflict of laws. 1973. Rule. P. 721. V. Sub - Rule 2 - P. 735 etss; R. H. Graveson, conflict of laws. 1974, P. 413 etss. Cheshire and North. Private international law. 1979, P. 195 etss. conflict of laws. 1980, P. 209 etss.

ولا شبهة لدينا في أن هذا المنهج يتسم بالمرونة إذا قورن بسابقه. إذ لما كان ثمة التزام على القاضى بأن يبحث عن أكثر القوانين اتصاليا بالعلاقة بالنظر إلى كل حالة على حدة وبالنظر إلى الظروف والملابسات الشخصية والموضوعية التي تحيط بكل حالة من الحالات، فإن معنى ذلك أن تأتى الحلول ملائمة في كل فرض، وهو ما يحقق العدالة ويأخذ في الحسبان طبيعة كل عقد من العقود.

في عبارة موجزة: هذا المذهب يقوم على تركيز العلاقة، وسلطة القاضى فيه واسعة بالاعتماد على العناصر الموضوعية والشخصية بعكس الاتجاه الأول الذى يسلبه كل تقدير كما أن فيه مرونة، وواقعية ويأتى القانون المطبق ملائماً لحكم العلاقة. ويعاب عليه أنه يفتقد إلى عنصرى اليقين والمعرفة المسبقة التى تعد مزايا يحققها الاتجاه الأول^(١).

الاتجاه الثالث، والأخير هو منهج الأداء المميز القائم على التركيز "الموضوعى" ولكنه تركيز موضوعى بحث لا دور فيه للإرادة على وجه الإطلاق ولا حتى بوصفها مجرد عنصر من عناصر التركيز. ومن هذا المنظور تقع أول مفارقة بين هذا الاتجاه والاتجاه السابق القائم على عملية تركيز لا تهدر كل دور للإرادة. ويتحدد فيه الإسناد إما بناء على وجهات يضعها المشرع هى بمثابة قرائن يمكن إثبات عكسها عند بعض من الأخذين بهذه النظرية، وإما بناء على قواعد إسناد هى بمثابة "قواعد موضوعية" لا قرائن قانونية قاطعة^(٢).

نعرض لهذا المنهج الأخير محددتين وجه الفارق بين التركيز هنا والتركيز فى المنهج السابق عارضين لتباين المناحى داخل هذا الاتجاه ذاته.

(١) فى هذا المعنى فى الفقه المصرى، الدكتور هشام صادق، الوجيز ... المرجع السابق ص ٣١٣، الدكتور صلاح المقدم، المرجع السابق، ص ١٩٨.
(٢) أنظر فى الفارق بين القرينة القانونية القاطعة، والقاعدة الموضوعية، العلامة الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط - الإثبات - آثار الالتزام (دار إحياء التراث العربى بيروت) فقرة ٣٣٤ وما بعدها، ص ٦١٦ وما بعدها.

مضمون فكرة الأداء المميز:

هى فكرة قوامها أن كل عقد ينفرد بأداء يميزه ويحدد خصائصه. ويتحدد هذا الأداء بمقتضى عملية تركيز موضوعى بحت (لا مكان فيه لأى عنصر شخصى) للرابطة العقدية، غير أنه تركيز يختلف عن التركيز الذى يتحدد بمقتضى نظرية الأستاذ باتيفول.

فمن حيث نقطة البداية أو الارتكاز فيهما نجد أن نظرية الأداء المميزة تصرف النظر تماماً - عند التركيز - عن الإرادة بحسبان أنها غير مؤكدة، وتشيد التركيز اعتماداً على عناصر مادية وموضوعية مستوحاة لا من إرادة الأطراف - فهذه غائبة - وإنما من طبيعة الرابطة محل الاعتبار. إذن عناصر التكوين فيهما متباينة وإن اتفقا فى الهدف وهو المتمثل فى تركيز العقد من الناحية الموضوعية بالبحث عن أكثر القوانين صلة وأوثقها ارتباطاً به.

وينضاف إلى ذلك أن مذهب الاتجاه القضائى الفرنسى - الذى كان يعتمد فى خطوطه الأساسية على نظرية باتيفول - لم يكن للقاضى فيه أن يعول على عنصر واحد من عناصر العقد أياً كانت أهميته فى العلاقة. فقد كان يتعين عليه أن يستقرئ تركيز العلاقة من جماع الظروف الشخصية والموضوعية المحيطة بالعملية العقدية والمصاحبة لها^(١). فوق ذلك، فقد كانت سلطات القاضى التقديرية فى الكشف عن القانون الواجب التطبيق واسعة. ولا شك أنه كلما اتسعت سلطات القاضى كلما كان عنصر "اليقين" أو "التوقع" للحل ضعيفاً بالنسبة لأطراف العلاقة. فوسيلة تحديد القانون الواجب التطبيق فى ظل نظرية الأداء المميز يعد أمرها ميسوراً إذا قورن الحال بنظرية "التركيز عند باتيفول. فحيث تتخلف الإرادة الصريحة أو الضمنية المؤكدة يتحدد الأداء المميز بمقتضى "قرائن" يضعها المشرع ومن غير أن يتحمل القاضى عبء الكشف عن كل العناصر الموضوعية والشخصية الملازمة والمحيطة بالعقد ومحاولة وزنها أو الجمع بينها لإعمال القانون الواجب التطبيق.

(١) فى هذا المعنى، مايبير، القانون الدولى الخاص، ١٩٩١، ققرة ٧٠٨، ص ٤٤٦.

وبعبارة أخرى، عند انتفاء الإرادة يكون على القاضي - لتحديد القانون الذى يحكم العقد - أن يعول على عنصر واحد للإسناد، عنصر يتغير من عقد لآخر بحسب طبيعة كل عقد، عنصر يكشف عن أوثق القوانين صلة بالعقد. وفى هذا يمكن للباحث عند التصنيف أن يجد فى داخل نظرية الأداء المميز - اتجاهين:

الاتجاه الأول: وهو الذى أخذت به اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ (م ٤) والقوانين التى أخذت بقواعدها مثل القانون الألمانى والإنجليزى والفرنسى والبلجيكى وقانون "الكبيك" والقانون الدنماركى لسنة ١٩٨٤ والسويسرى لسنة ١٩٨٧ وتشريع لوكسمبورج لسنة ١٩٨٦.

وفى ظل هذا الاتجاه هناك مبدأ تكشف عنه "قرينة"^(١) قانونية بسيطة تخاطب القاضي لا الخصوم، قرينة يمكن الإعراض عنها وتطبيق قانون آخر أكثر اتصالاً بالعلاقة. هذا الإيجاز يحتاج إلى تفصيل نعرض له:

(١) فى اعتبارها قرينة أنظر أيضاً، Fayer، العمل باتفاقية روما المبرمة فى ١٩ يونية ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، clunet ١٩٩١، ص ٦٠١، أنظر فقرة ١٨ ص ٦٠٨ وفى عكس ذلك، G. Knoepfler، العقد فى القانون الدولى الخاص السويسرى الجديد، سابق الإشارة إليه، ص ٧٩، اقرأ بالتحديد ص ٩٠. وتجدر الإشارة إلى أن هذه القرينة موضوعة للقاضى وليس لأطراف العلاقة. القاضى وحده هو الذى يختبرها ليتأكد من مدى مصداقية الحالات التى عين فيها المشرع القانون الواجب التطبيق على بعض العقود وبحيث إن بدا له أن العقد على اتصال وثيق بدولة أخرى طبق قانونها. وما دامت القرينة موضوعة - هنا - للقاضى وليس للأطراف فإن هذا القاضى يتعين عليه أن يعمل الإسناد المرتبط بها من تلقاء نفسه كما يتعين عليه أيضاً أن يبحث فى كل فرض عن أكثر القوانين ارتباطاً بالعلاقة. والحال كذلك، فإنه ليس لأطراف العقد أن يثبتوا أن الفرض النموذجى الذى نص عليه القانون قد تحقق أم لا - هذه مهمة القاضى لا مهمة أطراف العقد. ولعل هذا الاعتبار الأخير هو الذى يميز هذه "القرينة" عن القرينة القانونية، بالمعنى العادى فى مسائل الإثبات المدنى. على أنه يلاحظ أن قيام القاضى بهذه المهمة تطبيقاً لقاعدة الإسناد المذكورة لا يتم عادة إلا بالاستعانة بأطراف الخصومة، وهو وضع أبرز ما يكونه فى نطاق العلاقات الخاصة الدولية.

أ- هناك مبدأ: عند غياب الاختيار يتعين إعمال القانون الأوثق صلة بالعقد *qui presente le liens les plus étroits* وهو قانون البلد الذي يرتبط به العقد أكثر من غيره. والبحث عن أكثر القوانين اتصالاً بالعلاقة العقدية هو عينه الهدف الذي تقصد إليه نظرية التركيز عند باتيفول عبر آلية عملها المختلفة، التي تأخذ في الحسبان مختلف الأمارات، وأيضاً نظرية القانون الخاص بالعقد المعروفة في القضاء الإنجليزي. فنظرية الأداء المميز - بهذا التحديد - إنما تنظر إلى العقد بوصفه "وحدة" *une unite* واحدة، يتم إسنادها على وجه طبيعي لقانون دولة واحدة هو قانون الدولة التي ترتبط بهذا العقد بأكثر الروابط صلة وأشدّها وثوقاً. ولئن استقام هذا النظر فإن النظرية بذلك تكون قد أعرضت عن الحل القديم الذي كان يكرسه القانون الألماني، والذي بالنظر إليه، وبالإعتماد على فكرة الإرادة المفترضة، لم يكن من الميسور الوقوف على مركز الثقل في الالتزامات العقدية بصورة محددة، وهو ما كان يعنى تجزئة العقد بإخضاع كل التزام من الالتزامات المتولدة عنه لقانون الدولة التي كان يتعين فيها تنفيذه^(١).

ب- هذا المبدأ تكشف عنه "قرينة" مؤداها أن قانون الدولة التي يوجد بها - وقت التعاقد - محل الإقامة المعتاد للمدين بالأداء المميز في

(١) أستاذنا لاجارد، القانون الدولي الخاص الجديد للعقود ...، المجلة الانتقادية، ١٩٩١، المرجع السابق، فقرة ٢٧ ص ٣٠٦. ومع ذلك فإن ثمة تحفظاً أورثته المادة ٤ ثانياً مؤداها أنه إذا كان من الممكن فصل جزء من العقد عن بقية الأجزاء، وكان هذا الجزء على رابطة وثيقة بدولة أخرى، كان من الممكن (لاحظ تعبير من الممكن) بصفة استثنائية، إخضاع هذا الجزء لقانون هذه الدولة. ويشير أستاذنا لاجارد أنه إذا كان الأصل هو مبدأ وحدة العقد فإن المنطق يقضى بالألا يتم هذا الفصل إلا في حدود ضيقة. فمجرد أن التزاماً متولداً عن العقد يتم تنفيذه في الدولة (أ) والالتزام الآخر يتم تنفيذه في الدولة (ب) لا يعنى أن هذين الالتزامين قابلان للانقسام. فلا محل للكلام عن تفليدية للانقسام إلا إذا كان الجزء القابل للانقسام موضوعاً لحل مختلف عن ذلك الحل الذي يتم إعماله بالنسبة لعناصر العقد الأخرى.

واقراً أيضاً في تفاصيل أخرى حول هذه المسألة:

Foyer J) Entrée en vigueur de la Convention du 19 Juin 1980 sur la applicalle aux obligations contractuelles, clunet 1991 P. 601 etss, v. No 19. P. 608.

العملية هو أكثر القوانين اتصالاً بالعقد *debiteur de la prestation* *caracterstique*. وإذا تعلق الأمر بشركة أو جمعية أو شخص منصوص على الأداء المميز متحققاً في الدولة التي يوجد بها مركز إدارته. وفي الفرض حيث يبرم العقد في إطار النشاط المهني للمدين بالأداء المميز، فإن المكان الذي توجد به هذه المؤسسة الملزمة بالأداء - وفقاً لعبارة العملية - يحل محل مكان الإقامة أو مكان مركز الإدارة.

ويقصد بالأداء المميز ههنا الأداء الذي يسمح بالتمييز بين عقد وآخر^(١)، كالأداء البائع في عقد البيع وأداء الناقل في عقد النقل وأداء المؤجر في عقد إيجار المنقول وأداء المحامي في عقد الاستشارة وأداء الطبيب في عمله المهني وهكذا. وفي الحالات الاستثنائية التي يتعذر فيها تحديد الأداء المميز بالنسبة للأداء الأخرى، كما هو الشأن في عقد المقايضة، فإنه يتعين على القاضي أن يحدد - بالنظر إلى كل حالة على حدة - مركز النقل في هذه الرابطة العقدية ومن ثم القانون الواجب التطبيق^(٢).

واضح بجلاء في ظل هذه النظرية أن الالتزامات المتولدة عن الرابطة العقدية هي وسيلة التمييز بين العقود فيما بين بعضها البعض. فما يؤخذ في الحسبان هو مجموع الالتزامات المتولدة عن رابطة عقدية معينة، ثم يفتش القاضي أو المحكم فيما بينها وبالنظر إليها وحدها، ومن غير أن يستعين بأية عناصر أخرى (معاصرة للعقد أو ناضجة من بين ثنايا نصوصه) عن الالتزام ذي النقل فيوليه المشرع عنايته ويثق فيه جاعلاً من محل إقامة المدين الملزم بأدائه - في صورة قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس - مركز الاتصال الوثيق بالعقد فيكون قانونه من هذه الزاوية هو الواجب الأعمال.

(١) V. H. Caudement - Tallon, le nouveau droit international privé européen des contrats. Rev. trim, dr. europ. 1981, p. 215, V. P. 248.

(٢) استاذنا Lagarde والقانون الدولي الخاص الجديد للعقود ...، المجلة الانتقادية، ١٩٩١، المرجع السابق، فقرة ٣٠، ص ٣٠٩، Mayer القانون الدولي الخاص، الطبعة الرابعة، فقرة ٧٢٥، ص ٤٥٠.

وفكرة الأداء المميز تلك بوصفها الوسيلة التي يمكن بمقتضاها تعيين أكثر القوانين اتصالاً بالعقد تمتاز بالبساطة والوضوح إن قورنت بغيرها. كما أنها تحمي توقعات الأطراف بحسبان أن المدين بها عادة ما يكون مهنيًا محترفًا لعمله، ومثله يعوزه أن يُخضع - على الأقل من حيث المبدأ - جميع العقود التي تتم في إطار ممارسته لعمله لقانون واحد. وليس للدائن بالأداء المميز هذا أن يتأذى من ذلك: فهو، وقد أبرم عقده مع من يحترف مهنته في الخارج، كان في مسلكه إشارة على تحمل مخاطر التجارة الدولية، وأنه يجب عليه أن يتوقع أن المتعاقد الآخر - والفرض أنه محترف لعمله - إنما يبرم صفقاته وفقاً لأحكام قانونه^(١). ولعله لهذا السبب أقرت الاتفاقية حكماً خاصاً لمن يبرم عقوده داخل نطاق عمله المهني الذي يمارسه. (م ٤ / ٢) ثانياً.

جـ - المبدأ المتقدم الذي تكشف عنه "القرينة" المذكورة يمكن الإطاحة به وإحلال غيره بدلاً منه إن بدا للقاضي - في ظل منهجية اتفاقية روما ومن حذا حذوها - أن الإسناد لقانون المدين بالأداء المميز ليس معبراً^(٢). وهو يكون كذلك متى بدا "من مجموع الظروف أن العقد على ارتباط وثيق بدولة أخرى (م ٤ / ٥). هذا الاستثناء المسمى *La Clause d'exception* يعنى ببساطة أنه إذا كان هناك عقد كعقد البيع مثلاً يخضع لقانون الدولة التي يوجد بها محل إقامة البائع باعتبار أن قانون هذه الدولة هو أكثر القوانين اتصالاً بالعقد من زاوية أن في هذا المكان توجد الإقامة المعتادة للملتزم بالأداء المميز، فإنه لم يفعل أكثر من وضع قرينة قانونية بسيطة يمكن تفويضها وبحيث إذا عن للقاضي أن الروابط الأوثق صلة بالعقد متحققة في دولة أخرى، وجب تطبيق قانون هذه الدولة الأخيرة.

(١) أستاذنا Lagarde، القانون الدولي الخاص الجديد للعقود...، المجلة الانتقادية ١٩٩١،
فقرة ٢٩ ص ٣٠٨.

(٢) اقرأ في تطبيقات قضائية حديثة لهذا الحكم، محكمة استئناف Versailles في ٦ فبراير
١٩٩١، المجلة الانتقادية ١٩٩١، ص ٧٤٥ مع تعليق Lagarde.

وإذا أردنا أن نحدد السمات المميزة لهذه النظرية في مجملها لقلنا إنها تمتاز بالآتي:

١- البساطة والوضوح، في الأغلب الأعم من الحالات، من حيث الكشف عن القانون الواجب التطبيق. فباب البحث عن الإرادة هنا مغلق لصعوبة تحديدها متى لم يتم التعبير عنها صراحة أو لم يتم الكشف عنها بطريقة مؤكدة.

٢- أن التركيز الموضوعي - ههنا - قد تم تذليل الصعوبات التي تعترضه بوضع قرائن مادية وموضوعية مستمدة من طبيعة الرابطة ذاتها دون عوز اللجوء إلى الملاحظات والظروف التي تحيط بكل عقد مع ما يقتضيه هذا من ضرورة الجمع بين الأمارات والتوليف بينها بصورة لا تخلو من الاصطناع أحيانا^(١).

والسؤال الهام والجوهري: هل منهجية الإسناد التي تعتمد على فكرة الأداء المميز يمكنها أن تحقق العدالة دون إخلال بتوقعات الأفراد في كل الأحوال؟ وهل هذه النظرية تلفظ تماما فكرة تركيز العقد والكشف عن القانون الأوثق صلة به بالنظر إلى كل حالة على حدة ووفقا لظروف وملابسات التعاقد؟

للإجابة على هذين السؤالين نقرر أمرين:

الأول: من حيث المبدأ: ليس لأحد أن ينكر أهمية منهجية الأداء المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق بصفة خاصة في الفرض حيث يكون الطرف الملزم بالأداء قد أبرم عقده داخل إطار نشاطه المهني الذي يحترفه كما هو الحال في عمليات المصارف. ولهذا السبب - كما سنرى - نتوسم في فكرة الأداء المميز السند والمبرر القوي الذي بمقتضاه ينعقد الاختصاص التشريعي

(١) في نفس المعنى، Mayer، القانون الدولي الخاص، الطبعة الرابعة، فقرة ٧٠٨ ص ٤٤٦.

في مسائل تنازع القوانين في العمليات المصرفية لقانون المصرف - بنكا كان أم فرعاً أم مشتركاً أم مراسلاً - القائم بالعملية.

الثاني: أن المسلك الذي سلكته اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ ومن حذا حذوها من التشريعات لا يستتبع بالضرورة غلق الباب أمام سلطة القاضي في التقدير كما هو الحال في منهج "التركيز" القائم على النظر إلى كل حالة على حدة ووفقاً لظروف التعاقد وملابساته". لكن من أين تتأتى سلطة القاضي هذه؟ نعتقد أن سلطة القاضي - متبعاً في الغالب منهج التركيز عند باتيفول - يمكن تتسرب إليه من ثلاثة منافذ:

أولاً: في ظل ما هو متاح أمام القاضي من إمكانية استبعاد قانون الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتاد للمدين بالأداء المميز، إذا بدا من مجموع الظروف أن العقد تربطه صلة أوثق بدولة أخرى، يمكن للباحث أن يقرر أن نظرية "التركيز" التي تعتمد على ظروف العقد وملابساته تلعب دوراً^(١). ولكنه دور لا شك محدود لسبب بسيط هو أن منهج الاتفاقية - وهو منهج يلزم القاضي - يقوم على أساس جوهري: إذا لم يكن هناك اختيار صريح أو ضمنى مؤكد فليس ثمة محل للتحويل بأي وجه على إرادة الأطراف وذلك على النقيض مما تقول به نظرية الأستاذ باتيفول. بعبارة أخرى: سيكون هناك سلطان للقاضي، وسيكون هناك تأثير بجانب من نظرية باتيفول في التركيز، لكن هذا السلطان لا يجب أن يعول مطلقاً على إرادة الأطراف وإنما وحسب يعول على اعتبارات مستمدة من ظروف التعاقد المادية والموضوعية.

(١) ومن أمثلة ذلك: لو توجه مصري للحصول على قرض مصرفي من بنك "الكريدي ليونيه" في باريس، الذي كلف فرعه في القاهرة بأن يدفع له هذا القرض فإذا كان القرض بالفرنك الفرنسي واتفق على أن يتم دفع القوائد مباشرة في البنك الأم في باريس وكان المال سوف يستثمر فيها، واتفق على تضمين العقد، شرطاً يمنح الاختصاص القضائي بالفصل في المنازعات التي قد تنور عن العقد للقضاء الفرنسي، فإتبه يبدو أن تطبيق القانون الفرنسي على هذا العقد بدلاً من القانون المصري. قانون "مقر" الفرع، يبدو حلاً له ما يبرره.

ثانياً: لما كانت الاتفاقية تخول للقاضي الكشف عن الأداء المميز بنفسه في بعض الفروض التي يستعصى فيها التمييز بين أداء وآخر، فإن منهج الاعتماد على ظروف العقد وملابساته يمكن أن يكون له دور أيضاً. ونؤكد على أن هذا الدور الذي يكون للقاضي ليس له أن يعتمد مطلقاً على ما اتجهت إليه إرادة الأطراف. فمنهج الاتفاقية – كما ذكرنا – قطع الصلة بدور الإرادة متى لم تكن صريحة أو ضمنية مؤكدة.

ثالثاً: ويكون للقاضي أيضاً نفس السلطان في الفروض التي يكون فيها جزء من العقد قابلاً للإنفصال عن بقية العقد، وكان هذا الجزء على رباط وثيق بدولة أخرى غير الدولة التي يوجد بها محل الإقامة العادية لمن يقع عليه القيام بالأداء المميز في العقد. سلطان القاضي في التقدير متحقق في الفروض الثلاثة المتقدمة ولا شك. ولعل هذه السلطة بما تضيفه من مرونة على أعمال نظرية الأداء المميز في ظل اتفاقية روما ومن معها من التشريعات تنطوي على الإخلال بتوقعات الأطراف.

ومع ذلك فإنه يبدو لنا في مقام التقدير النهائي أن هذا المسلك لا يخلو من المنطق، فقد جاء ليوافق الفروض العديدة التي تتوزع فيها أمارات تركيز العقد بين دولتين أو أكثر بطريقة متساوية^(١).

هذا، وقد وضعت الاتفاقية قواعد خاصة بالنسبة لبعض العقود كعقد العمل الفردي والعقود التي يكون موضوعها عقاراً، وعقد نقل البضائع والعقود المبرمة بواسطة المستهلكين.

ب- الاتجاه الثاني (في داخل منهج الأداء المميز):

هذا المذهب يأخذ بفكرة الأداء المميز سانداً كل فئة من فئات العقود ذات الطبيعة الواحدة للقانون الملانم لحكمها الذي هو قانون محل إقامة المدين بالأداء المميز، أو قانون مقره أو مركز إدارته أو محل نشاطه إن كان المدين شركة أو مؤسسة أبرمت عقداً متعلقاً بنشاطها المهني الذي تؤديه.

(١) في هذا المعنى، أستاذنا لاجارد، القانون الدولي الخاص الجديد للعقود...، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، ١٩٩١ المرجع السابق، فقرة ٣١، ص ٣١٠، وقارن مع Mayer القانون الدولي الخاص، الطبعة الرابعة فقرة ٧٠٨ ص ٤٤٦.

هذا الاتجاه يتوسع في تعداد فئات العقود ويسهب فيها غير مكتف بالقاعدة التي صاغها وفي هذا تقييد. أما القيد الأساسي الذي يقلل من مرونة هذا المسلك هو أن مشرعي هذا الاتجاه حين أسندوا العقود لمكان الأداء المميز بالمعنى المتقدم، لم يجعلوا من هذا الإسناد مجرد قرائن يمكن للقاضي أن يستبدها متى تبين له أن عقداً معيناً تتركز روابطه الوثيقة في ربوع دولة أخرى. أبدأ، وإنما وضع حالات الإسناد تلك بوصفها قواعد قانونية موضوعية (بمعنى أنها ليست مجرد قرائن قانونية) ينزل القاضي على حكمها. صحيح أن المشرع قد بناها على الكثرة الغالبة من الأحوال أي على الراجح الغالب الوقوع، إلا أن هذا الراجح الغالب مستغرق في القاعدة القانونية، كما لا تجوز معارضة هذه القاعدة بالعلة في تقريرها. وهكذا نلاحظ أن أصحاب هذا الاتجاه قد صعدوا بفكرة الأداء المميز (وهي في ذاتها قرينة يفترض تحققها في مكان معين هو محل إقامة المدين) إلى القاعدة الموضوعية بما يسلب معه القاضي بعد ذلك من كل سلطان في التقدير ولو بدا له أن العقد متصل بروابط أوثق بدولة أخرى.

هذا المسلك أخذ به قانون جمهورية ألمانيا الديمقراطية لسنة ١٩٧٥^(١) والقانون النمساوي لسنة ١٩٧٨^(٢) والقانون المجري^(٣) لسنة ١٩٧٩ والقانون

(١) راجعه منشوراً بالفرنسية في المجلة الانتقادية ١٩٧٨ ص ١٩١ وما بعدها، وقرأ في

أثر الوحدة الألمانية على قواعد القانون الدولي الخاص F. Sturm مقاله بعنوان:

L'impact du Traité d'unification sur le droit privé de L'Allemagne unie. clunet 1991. P. 7. etss.

(٢) اقرأ بالفرنسية في المجلة الانتقادية ١٩٧٨، ص ١٧٦ وما بعدها.

(٣) منشور في المجلة الانتقادية، ١٩٨١ ص ١٦١ وما بعدها.

ومن الملائم الإشارة إلى أن القانون المجري، وإن كان مسلكه مماثلاً تماماً للقانون السويسري ومن على شاكلته من التشريعات التي تأخذ بفكرة الأداء المميز، إلا أن مسلكه "معكوب" - إن صح التعبير - فهو يبدأ بوضع بعض فئات من العقود وإسنادها إلى قانون معين بصورة ملزمة. فإن تعلق الأمر بعقد غير منصوص له على إسناد محدد، كان القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي يوجد بها محل إقامة أو موطن أو مقر الطرف الذي يلتزم بالأداء المميز في العقد. وإذا لم يسعف القاضي هذا =

اليوغسلافى لسنة ١٩٨٢^(١) والتشكيلى لسنة ١٩٦٣^(٢) والبولندى لسنة ١٩٦٥^(٣).

وإن شئنا أن نضع هذا المسلك الأخير فى الميزان لقلنا إنه حل يتسم بالجمود بحسبان أنه يضع قواعد إسناد جامدة لا يملك القاضى حيالها أى سلطان – عليه أن يطبقها ولو كشف الواقع أن الأداء المميز يتركز فى دولة أخرى. ومع ذلك فإن هذا الجمود ظاهرى. فالباحث فى هذه التشريعات يلحظ أنها أفاضت فى تعداد العقود مكرسة لكل الإسناد الذى يشير للقانون الملائم. ولاشك أن هذا التعداد قد تحدد الإسناد فيه بالنظر إلى الطبيعة الخاصة بكل عقد من العقود. فهو جمود إن لا خشية منه يطف منه إلى حد كبير ذلك التعداد الواسع لفئات العقود المتباينة. ومن هذا المنظور تبدو مساحة الاختلاف بين المسلكين – فى داخل نظرية الأداء المميز – ضيقة ضيقاً غير ملموس يصل بهما إلى حد التطابق خاصة إذا أدركنا أن المنهج الأخير هذا لا يقلل باب التقدير أمام القاضى تماماً. إذ يظل له سلطة البحث عن المكان الذى يتحقق فيه الأداء المميز بالنسبة لفئات العقود التى لم تتناولها النصوص والتى قد يكشف عنها التطور^(٤).

المسلكان يصلان معاً عبر أدوات عملهما المختلفة فى الظاهر إلى حد التماثل، وهو تماثل يحفظ للأفراد توقعاتهم من حيث إمكانية الوقوف سلفاً على قاعدة الإسناد التى تحدد لهم القانون الواجب التطبيق على روابطهم العقدية.

= التحديد، تعين عليه أن يطبق أكثر القوانين اتصالاً بالعقد من واقع العناصر الجوهرية للرابطة (م ٢٩).

- (١) المجلة الانتقادية، ١٩٨٣ ص ٣٥٣ وما بعدها.
- (٢) ترجمة لهذا القانون بالفرنسية فى المجلة الانتقادية، ١٩٦٥ ص ٦١٤.
- (٣) المجلة الانتقادية، ١٩٦٦ ص ٣٢٣ وما بعدها.
- (٤) اللهم إلا إذا قيده مشرعه بتطبيق قانون معين إذا لم يتحقق الإسناد الخاص بالأداء المميز. فالقانون البولندى لسنة ١٩٦٥ مثلاً، وبعد أن حدد فئات من العقود أسندتها إلى قانون موطن المدين بالأداء المميز، قرر أنه إذا لم يتعين الكشف عن هذا المكان كان القانون الواجب التطبيق هو قانون محل إبرام التصرف (م ٢٩).

بعد هذا العرض يمكن للباحث أن ينحاز لفكرة الأداء المميز عبر هذا المسلك أو ذلك من المسالك التي تختطها لبناء اجتهاد يصلح أساساً لتحديد القانون الواجب التطبيق في القانون المصري خاصة في الفروض التي تعجز فيها المادة ١/١٩ منى مصرى عن القيام بدورها أو الذى تبدو فيه قاصرة أو غير ملائمة كما سنرى. فمذهب الأداء المميز فيه مرونة وواقعية ، ويحترم فى الغالب توقعات الأفراد وهو منهج يمكن لقضائنا المصرى أن ينسبه إلى إرادة المشرع المصرى نفسه التى ضمنها المادة ٢٤ منى التى تسمح له أن يرجع إلى المبادئ العامة للقانون الدولى الخاص لحسم حالات تنازع القوانين التى لم يرد بشأنها قاعدة إسناد تشريعية. وهو نص لولاه - كما قلنا - ما كان ثمة من مخرج من الجمود البالغ الذى تتسم به المادة ١٩ منى إلا عن طريق المشرع نفسه.

ولما كانت نظرية الأداء المميز من شأنها أن تسمح لنا باتخاذ موقف محدد من تنازع القوانين فى خصوص العمليات المصرفية الدولية بما يكون معه قانون المصرف هو الواجب التطبيق، فإن تركيزنا على المادة ٢٤ منى للوصول إلى غايتنا هو الطريق الذى نأمل أن يسلكه قضاؤنا لبناء حكمه فى هذا الشأن على ضوء ما سنقدمه من تحليل.

لقد عاب البعض^(١) علينا استنادنا إلى نص المادة ٢٤/ منى بمقولة أنه استناد فى غير موضعه ذلك أنه لا يصح - فى تقديره - الاستعانة بحكم هذا النص إلا حيث لا توجد قاعدة إسناد تشريعية، أما وأن العقود الدولية تنظمها فى مصر المادة ١/١٩ منى فإنه لا يمكن للقاضى المصرى أن يستعين بنص المادة ٢٤ منى.

وإذا كنا سنعود لمناقشة هذا الرأى تفصيلاً فيما بعد، إلا أننا نعتقد - بالمخالفة لرأى الأستاذ الدكتور أمية علوان - أن نص المادة ٢٤ منى مصرى

(١) الأستاذ أمية علوان، المرجع السابق، ص ١٨٦ وما بعدها، ص ١٩٢ وما بعدها.

يمثل بالنسبة للقاضي المصري كنزاً لا تنفذ مادته بحيث يمكن الرجوع إليه إذا لم يجد قاعدة إسناد تشريعية، وكذلك إذا كانت هناك قاعدة إسناد تشريعية ولكنها غير ملائمة أو مناسبة، أو لإيراد قيد يُقيد من إطلاق نص، أو لإيراد استثناء على قاعدة ولم يكن المشرع قد نص على هذا الاستثناء (كما هو الحال بالنسبة للتكييف الثانوي). واجتهادنا هذا له تطبيقات في قضاء محكمتنا العليا ويقول به الفقه المصري المُعتمد دون أن يحدّد أيهما سند مقاله. وفي تقديرنا أنه لا يمكن أن يكون ثمة من سند إلا في كنف المادة ٢٤ منى كما سيجي.

منهج الأداء المميز منهج تحليلي:

وإذا أردنا ضبط الفكرة قبل الاعتماد عليها - مع غيرها - كنقطة ارتكاز في العمليات المصرفية الدولية - محل بحثنا - فإن علينا أن نبرز أن بلوغها لا يتأتى إلا باتباع أسلوب تحليلي، وهو أمر يجب أن ينطلق فيه الباحث من جملة اعتبارات:

١- إن من غير المنطقي أن تصاغ قاعدة إسناد عامة لها صفة الوحدانية والجمود والتحديد سلفاً *a priori* تنطبق بصورة مطلقة على سائر أنواع العقود. فمصادقية كل ضابط نسبية في الأصل، إن صدقت بالنسبة لعقد فإنها سرعان ما تنحصر عن غيره.

٢- البحث عن إسناد له مصداقيته ويكون للقانون الذي يشير إليه فاعليته وقوته يتطلب مراعاة أمرين:

أحدهما: نو طابع سلبي مفاده عدم الوقوف بالممسألة عند النظر إلى الرابطة العقدية على أنها رابطة مجردة وحسب.

وثانيهما: نو طابع إيجابي مقتضاه الاهتمام بخصوصية كل عقد وما ينفرد به من طبيعة خاصة يتميز بها عن غيره من العقود.

فإن امتثل صانع القاعدة القانونية مشرعاً كان أم قاضياً لهذين الأمرين جميعاً لأفضى به الأمر إلى التمييز بين طوائف العقود وفتاتها، وبحيث يكون هناك إسناد خاص بكل طائفة، إسناد لقانون الدولة التي ترتبط بالعقد برباط

"منطقي"، تتعدت معه في النهاية تلك القرابة التي تربط العقد بهذه الدولة بأنها أكثر الروابط "صلة".

صحيح أن كيفية "التركيز" التي يتم بمقتضاها الكشف عن هذا الإسناد المرن الذي يحدد أكثر القوانين صلة، تختلف وتتوسع، لكن الحق يبدو أكثر في جانب المنهج القائم على فكرة الأداء المميز في العقد من خلال النظر إلى طبيعة كل عقد من العقود والوظيفة الاقتصادية التي يحققها في الوسط الذي يعمل فيه^(١).

هذا، ومن المؤكد أن التحليل الذي يجريه الفقيه إنما يكون بقصد تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد. غير أنه يلزم أن تتوافر في هذا العقد أوصاف تجتمع منها كونه متعلقاً بالمعاملات المالية الدولية. فما المقصود بذلك؟

المبحث الثالث عقود المعاملات المالية الدولية

ذكرنا غير مرة أن إعمال "قانون الإرادة" يفترض بداءة أن الأمر يتعلق بعقد من عقود المعاملات المالية ذات الطبيعة الدولية. فهناك أوصاف

(١) أنظر في الفقه السويسري الذي قال بهذه النظرية، وعنه طبقها أحكام القضاء هناك وقتنها المشرع أخيراً.

V. Schnitzer, La loi applicable aux contrats, Rev. Crit. 1955, P. 459 ets. V. No 20 ets. Aussi, Les contrats en droit international privé Suisse, cours la Haye, 1968, P. 545 ets. V. P. 572, etss.

وقد قال بفكرة الأداء المميز ولكن بطريقة أخرى Dryfus، فقد كان يرى أن القانون الذي يحكم العقد هو قانون الوسط الاقتصادي والاجتماعي الذي يتمركز فيه وبحيث لا يجوز النظر إلى العقد على أنه منجز عن وسطه وواقعه الذي يرتبط به. وهذا الوسط هو قانون الدولة التي يتحقق فيها، من الناحية المادية، العملية التي تشكل محل العقد.

Dryfus. L'acte juridique en droit international privé, Paris, P. 309.

وتطبيق قانون الوسط الاقتصادي والاجتماعي الذي يتركز فيه العقد كان هو مذهب الأستاذ Niboyet قيل أن يعتنق الاتجاه القائل بأعمال قانون محل إبرام التصرف نزولاً على مبدأ الإقليمية في مذهبه. فقد كان من رأيه أن العقد يحكمه قانون الدولة التي يتركز فيها من الوجهتين القانونية والاقتصادية.

V. Niboyer, Rep. Dr. int. Vo Autonomie de volonté, No 63.

يتعين تحققها حتى يمكن إعمال الحكم المتضمن في المادة ١٩ مدنى مصرى: أن نكون أولاً بصدد عقد، وأن نكون ثانياً إزاء عقد ينتمى لطائفة معينة من العقود هي تلك المتعلقة بالمعاملات المالية، وأن يكون لهذا العقد - ثالثاً - صفة الدولية.

(أ) أن يتعلق الأمر بعقد: فوجب أن يتعلق الأمر بعقد. وتحديد ما يعد عقداً هو مسألة تكييف أولى يرجع فيه إلى قانون القاضى طبقاً للقاعدة العامة فى التكييف (م ١٠ مدنى)، ومن غير أن يحول ذلك دون استئناس القاضى، عند إجراء هذا التكييف، بما عليه العمل فى القانون المحتمل التطبيق وكذلك بالقانون المقارن. فالقانون المصرى هو المرجع فيما يتعلق بالشروط اللازم توافرها للوقوف على ما إذا كان هناك عقد أم لا.

ومما يسند النظر إلى الشروط المتعلقة بفكرة انعقاد العقد باعتبارها مسألة تكييف أولى يرجع فيها إلى القانون المصرى "ما نصت عليه المادة ١٩/ ٢ مدنى من أن العقود المتعلقة بعقار تخضع لقانون موقع العقار. فمن المعلوم أن العقد فى أكثر الحالات إما أن يرد على منقول وإما أن يرد على عقار. ومن الواضح أن إعمال قاعدة الإسناد المذكورة يفترض أن عملية التكييف الأولى قد أسفرت عن نتيجتين: الأولى أن يتحقق القاضى من أنه بصدد عقد من العقود، ومن هذا يتبين أن الشروط المتعلقة بفكرة انعقاد العقد تعتبر مسألة تكييف لازم لتحديد القانون المختص، والثانية أن العقد يرد على مال يوصف بأنه عقار لا منقول، أى أن تقسيم المال إلى منقول وعقار يعرض هنا فى مرحلة التكييف الأولى أو التمهيدى. ومن غير المقبول أن يقال إن نية المشرع قد اتجهت إلى اعتبار الشروط المتعلقة بفكرة انعقاد العقد مسألة تكييف أولى فى شأن إعمال قاعدة الإسناد المنصوص عليها فى المادة ١٩/ ٢ مدنى، وإلى عدم اعتبارها كذلك فى شأن إعمال قاعدة الإسناد المنصوص عليها فى المادة ١٩/ ٣^(١).

(١) الدكتور محمد كمال فهمى، أصول القانون الدولى الخاص، الطبعة الثانية، ١٩٤٠،
فقرة ٤٣٦ ص ٥٨٣ - ٥٨٤.

(ب) عقد له صفة الدولية: وإذا كان تحديد مآئيد عقداً أمر لا يثير عنقاً باعتبار أن المشرع المصرى قد بيّن ذلك بوضوح، فإن مسألة دولية العقد ليست بذات البساطة. ولا يخلو الأمر على أى حال من فرضين: الأول: أن يحدّد المشرع نفسه أو تحدّد اتفاقية دولية متى يكون العقد دولياً. من ذلك ما نصت عليه المادة ٢/١ من اتفاقية وارسو عندما اعتبرت العقد دولياً إذا كانت نقطة القيام والوصول المتفق عليهما فى عقد النقل واقعتين فى دولتين طرفين فى المعاهدة أو فى دولة واحدة طرف فى المعاهدة بشرط أن يحدث رسو جوى فى دولة أخرى. كما نصت على ذات الحكم اتفاقية مونتريال لسنة ١٩٩٩ بشأن النقل الجوى الدولى والتي دخلت حيز النفاذ فى نوفمبر ٢٠٠٣ وصدقت عليها مصر وأصبحت نافذة فيها عام ٢٠٠٥^(١).

الثانى: ألا يتصدى المشرع - وطنياً كان أم دولياً - لتحديد ماهية العقد العقد الدولى. فى هذا الفرض أيضاً تُعد مسألة "دولية" العقد مسألة تكييف أولى يرجع فيها إلى قانون القاضى أيضاً. فالقانون المصرى هو المرجع إذن للوقوف على أمرين: أن الأمر يتعلّق بعقد، وبعقد له صفة الدولية^(٢).

متى فرغ القاضى المصرى من عملية تكييف الرابطة المنظورة أمامه، فإن الأمر لا يخرج عندئذ عن أحد فرضين: أن ينطبق على الرابطة وصف العقد الدولى، وعندئذ تتحرك قواعد القانون الدولى الخاص ويكون ثمة محل لإعمال نص المادة ١٩ مدنى مع ما يترتب على إعمالها من آثار^(٣)، أو أن تعتبر بمثابة عقد داخلى، وعندئذ لا يكون ثمة محل لإعمال قانون الإرادة.

(١) فى التفاصيل انظر الأستاذ الدكتور محمد فريد العرنى، القانون الجوى ٢٠١١، الدار الجامعية الجديدة، فقرة ٢١ ومابعدهما، ص ٨٤ ومايليها.

(٢) Vincent Heuzé, La réglementation Française des contrats, op. cit., No 256 etss.

(٣) وهذا المعنى استظهره القضاء الفرنسى. انظر على سبيل المثال نقض فرنسى ١٩ يناير ١٩٧٦ - المجلة الانتقادية ١٩٧٧ مع تعليق للأستاذ Batiffol ص ٥٠٣ وما بعدها. وفيه أكدت المحكمة أن تحديد القانون الواجب التطبيق أمر يتعلّق وحسب بطائفة العقود الدولية.

ويكون العقد داخلياً إذا كان مرتبطاً بكافة عناصره بالنظام القانوني المصري. فالعقد الذي يبرمه مصريان في الإسكندرية، ويكون موطنهما في القاهرة ويتفقان على تنفيذه في أسوان هو عقد وطني خالص في لحمته وسداه ولا يتصور أن يحكمه قانون الإرادة، وإلا كان العبث بأبسط القواعد القانونية ظاهر. إن مثل هذا العقد يحكمه بالضرورة القانون المصري ولا يستطيع أطرافه التحلل من القواعد القانونية الأمرة في هذا القانون^(١).

ويعد العقد وطنياً كذلك في الفرض الذي يصطنع فيه أطرافه "العنصر الأجنبي" لإضفاء صفة الدولية على عقدهما بقصد الهرب من الأحكام الأمرة في القانون المصري. فلو سافر مصريان إلى دولة أجنبية وأبرما فيها عقد قرض واتفقا على إخضاع العقد لقانون هذه الدولة الأجنبية قاصدين الهرب من حكم أمر في القانون المصري، فإن العنصر الأجنبي المصطنع يعد هو والعدم سواء وتحصر عنه "صفة الأجنبية" التي نقشت عليه غشاً وبخضع العقد لحكم القانون المصري، القانون الذي قُصد التهرب منه. وينطبق القانون المصري بحسبانه القانون الذي يحكم "عقداً وطنياً خالصاً" بعد أن تم تحريره من العنصر المصطنع الذي داخله غشاً.

يبقى من بعد ذلك أن ثمة حقائق قانونية ثلاثة في هذا الشأن يتعين إيرادها:

(١) إن نص المادة ١٩ لا يسرى بالنسبة لكل العقود الدولية. فيجب لإعمال حكمه أن تكون بصدد عقد ينتمي إلى طائفة معينة هي "طائفة العقود المتعلقة بالمعاملات المالية". وينبنى على هذا التحديد أن حكم هذه المادة لا ينصرف إلى العقود المسماة بعقود الأحوال الشخصية كعقد الزواج مثلاً حيث كرس المشرع قواعد خاصة لحكم هذه المسائل دون اعتداد بدور الإرادة في هذا

(١) في هذا المعنى في القانون الفرنسي، لوسوارن وبريدان، قانون التجارة الدولية، ١٩٦٩، فقرة ٥١١، ص ٥٩٣.

الصدد^(١).

(٢) وقد يُخرج المشرع - عن قصد منه - بعض عقود المعاملات المالية من نطاق قانون الإرادة، كما فعل المشرع المصري بالنسبة للعقود الواردة على عقار موجود في مصر. والمشرع إذ يفعل ذلك لا يقصد مطلقاً ألا يعتبر هذه العقود خارج نطاق عقود المعاملات المالية. أبداً. إن كل ما هنالك هو أن المشرع قدر أهمية المحل الذي ترد عليه العقود فلم يشأ أن يجعل العقود المتعلقة به من قبيل العقود التي تسرى بشأنها المادة ١٩ مدني. وإن شئنا الدقة أكثر قلنا إن المشرع موقن أنها من عقود المعاملات المالية إلا أنه لما كانت ترد على عقار موجود في مصر فإنها تكون "مركزة" في مصر تركيزاً يتوجب معه إنفراد قانون موقعها بالحكم، ولذا يسرى في شأنها القانون المصري متى كان العقار موجوداً في مصر.

(٣) إن اتفاق الأطراف على إخضاع عقدهم لقانون دولة أجنبية لن يكون صحيحاً إلا إذا خلصت المحكمة من تكييفها للعقد على أنه عقد دولي. فمناط صحة الاتفاق أن يكون العقد دولياً^(٢).

ومتى كان العقد "وطنياً" بأن كانت سائر عناصره مركزه في داخل دولة معينة فإنه لا يكون في مقدور الأطراف أن يضيفوا عليه وصف الدولية بإعلان من جانبهم أو بتسمية يخلعونها عليه^(٣).

(١) اقرأ مع ذلك: الدور الإرادي في مسائل الأسرة في الأنظمة القانونية الحديثة:

Gannagé (P)., La penetration de L'autonomie de la Volonté dans le droit international Privé de la Famille. Rev. Crit. 1992, P. 425 ets.

(٢) وهذا هو عين ما استخلصته محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها، انظر، نقض تجارى في ١٩ يناير ١٩٧٦، المجلة الانتقادية ١٩٧٧، ص ٥٠٣، clunet ١٩٧٧، ص ٦٥١، تعليق Lyon - caen، A. وأنظر أيضاً استئناف ليون في ١٩ أبريل ١٩٧٧، المجلة الانتقادية ١٩٧٩، ص ٧٨٨ مع تعليق B. Ancel وفيه قالت المحكمة "إن أعمال قواعد التنازع يفترض أن العقد دولي"، ذلك العقد الذي يبرر، بالنظر إلى عناصره، تطبيق أحد التشريعات المتراحمة".

(٣) ومن الجدير بالإشارة أن اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ قد قالت في المادة ١/١ المتعلقة بتحديد نطاق تطبيق الاتفاقية "إن نصوص الاتفاقية الماثلة تنطبق على المراكز المنطوية على تنازع قوانين بخصوص الالتزامات العقدية". =

والقول بغير ذلك فيه مصادرة على المطلوب. فطبيعة العقد هي التي ترشد إلى القانون الواجب التطبيق وليس العكس، كما ينطوى على مغالطة قانونية، ذلك أن طبيعة الشئ تتحدد بالنظر إليه هو في ذاته لا بما يخلعه عليه الأطراف من أوصاف^(١). إذن لا يصح أن نستنتج الصفة الدولية لعقد من واقعة اتفاق أطرافه على تحديد قانون أجنبي لحكمه وإنما الصحيح أن كون العقد دولياً هو الذى يبرر إعمال قانون الإرادة. ومن ناحية ثالثة، ومن منظور منطقي، فإن دولية العقد هي التي تخول للأطراف الحق في اختيار القانون الذي يحكمه وليس العكس^(٢).

متى أوضحنا ما تقدم كان لنا أن نقرر أن ثمة معيارين يتردد القول بهما لتحديد معنى دولية العقد: المعيار القانوني، والمعيار الإقتصادي. كما حاول البعض أن يمزج بين المعيارين. وفي ذلك تفصيل نعرض الأمر بشأنه في مطالب ثلاثة:

المطلب الأول

المعيار القانوني في المقه والقضاء

الواقع أن القانونين بهذا المعيار القانوني وإن انطلقوا من نقطة جوهرية مؤداها أن طبيعة العقد وما إذا كان دولياً أم لا إنما تستوحى من العناصر

الاتفاقية تنطبق على المركز العقدي الذي يثير تنازعا بين القوانين. إذن الاتفاقية لم تستخدم اصطلاح "عصر دولي" كما لم تبقى على اصطلاح "المراكز ذات الطابع الدولي الذي كان وارداً في مشروع الاتفاقية. ويقول استاذنا لأجارد بأنه يمكن بهذا الوصف أن تنطبق الاتفاقية على العقد الداخلي المركز في إقليم دولة واحدة، فيما لو طرح أمر هذا العقد، ولو مصادفة، أمام قضاء دولة أجنبية اعتماداً مثلاً على أن أحد طرفي العقد كان قد غير موطنه إلى داخل هذه الدولة.

أنظر مقالة: القانون الدولي الخاص الجديد للعقود ... المجلة الانتقادية، ١٩٩١ المرجع السابق، فقرة ٧ ص ٢٩٢ وما بعدها.

(١) في هذا المعنى، هو لو وغوييه ودولا براندل، القانون الدولي الخاص، ١٩٨٧، المرجع السابق، فقرة ١٣٦٨، ص ٥٩٠. وأنظر في هذا المعنى في القضاء الفرنسي نقض تجاري ٢٣ أبريل ١٩٧٤، دالوز، ١٩٧٥ ص ٥٣٧ مع تعليق Sortais.

(٢) في هذا المعنى، Oppetit في تعليقه على استئناف باريس الصادر في ٣٠ نوفمبر ١٩٧٢، المجلة الانتقادية ١٩٧٢، ص ٣٩٤، وفي تأييد J. Mestre، تعليقه على حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٧ أكتوبر ١٩٨٠، المجلة الانتقادية ١٩٨١، ص ٣١٢، بصفة خاصة ص ٣٢٧.

القانونية للرابطة العقدية ومدى اتصالها بأكثر من نظام قانوني، إلا أنهم متباينون بخصوص نقل كل عنصر وفاعليته في إضفاء هذه الصفة. ففريق منهم يرى أن كل عنصر من العناصر القانونية له صفة الأجنبي من شأنه أن يضيف على الرابطة العقدية صفة الدولية. وعلى النقيض منهم يرى آخرون أن ليست كل العناصر القانونية متماثلة في القوة وأن فعالية كل عنصر ينبغي ألا ينظر إليها هكذا بصورة مجردة وإنما ينظر إليها في ضوء علاقتها بالمسألة القانونية ذاتها التي يتعلق بها هذا العنصر. ويمكن في ذلك التمييز بين اتجاهين:

أ - معيار تكافؤ العناصر القانونية:

العقد الدولي، وفق هذا الرأي، هو ذلك العقد الذي يتصل من خلال عناصره بأكثر من نظام قانوني^(١). وعناصر الاتصال هذه قد تكون موضوعية كأن يتم إبرام العقد في الخارج أو أن يتم تنفيذه أو تركيز محله في دولة أجنبية. وقد تكون هذه العناصر شخصية كأن يكون أحد المتعاقدين من جنسية أجنبية أو متوطناً، أو مقيماً في الخارج^(٢).

والبادئ من هذا التحديد أن العقد يكون دولياً متى داخله أى من العناصر الموضوعية أو الشخصية: فكل عناصر الاتصال متساوية فيما بينها من حيث قوتها أو فعاليتها في إضفاء الصفة الدولية على العقد.

ولعل السمة البارزة التي يتسم بها المفهوم السابق للعقد الدولي أنه مفهوم "ألى وجامد"^(٣). ينطبق في كل مرة يتوافر فيها في العقد عنصر أجنبي

(١) Batiffol et Lagarde، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، فقرة ٥٧٥ ص ٢٧٥.

(٢) Batiffol في Rep. Dalloz dr. int - تحت عنوان "العقود والاتفاقيات"، فقرة ٩،

لوسوارن وبريدان، قانون التجارة الدولية، فقرة ٥١١، Louis - Lucas في:

Portée de la distinction entre droit privé interne et droit international privé، clunet 1962 - 884.

(٣) الدكتور أحمد صادق القشيري، الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود

الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد ٢١ لسنة ١٩٦٥، ص ٦٣ وما بعدها، انظر ص ٧٥.

مرتبطاً بنظام قانوني، وأياً كان هذا العنصر وأياً كانت طبيعة العلاقة التي داخلها هذا العنصر.

ب- معيار تباين العناصر القانونية في القوة:

يذهب كثيرون ممن يقولون بالمعيار القانوني إلى رفض "إطلاق" المعيار. وتكمن نقطة البداية في مذهبهم "في أن ليس كل عنصر أجنبي يحويه العقد من شأنه أن يضاف عليه وصف الدولية"^(١). في عبارة مساوية هم يرون أن هناك نوعين من العناصر المرتبطة بالعلاقة العقدية: نوع مؤثر، نعته البعض بأنه إيجابي، ونوع غير مؤثر ينعت بأنه العنصر السلبي^(٢). العنصر الإيجابي أو المؤثر أو الفعال هو وحده القادر على إضفاء "الدولية" على العقد بعكس العنصر السلبي الذي لا يغير من صفة العقد. فرغم وجوده في العلاقة يظل العقد محتفظاً بطابعه الداخلي مع ما يترتب على ذلك من آثار أبرزها عدم تحرك قواعد القانون الدولي الخاص ولا يملك الأفراد معه إخضاع العقد بمقتضى إرادتهم لقانون أجنبي. وإن اختاروا لحكمه - فرضاً - قانوناً أجنبياً فإنه لا يملك أن يخالف القواعد الأمرة في قانون الدولة التي تحكم العقد. ويعتبر معه تطبيق القانون المختار مجرد شرط تعاقدى لا يملك مخالفة أحكام النظام العام في الدولة التي تحكم هذا العقد الوطني.

وهكذا فإن هذا العقد لا يكون دولياً لمجرد أنه تم تحريره على ورق مُصنَّع في الخارج^(٣). أو لمجرد أن طرفي العقد من جنسيتين مختلفتين أو لأن العقد قد أبرم - بمحض الصدفة - في الخارج. "على أنه إذا حدث وأبرم العقد

(١) Lalive, Cours précité, P. 17 et 24; Jean Francois Aubert, Les contrats internationaux dans la doctrine et la jurisprudence suisses, Revue critique, 1962. P. 19, V. N° 21, P. 34, F. Knoepfler. Le Contrat dans le nouveau droit international privé Suisse, in le nouveau droit international privé Suisse. Lausanne 1988. P. 79. V. P. 81 - 82.

(٢) Alfonsin (Q.), Contribution à L'étude de la relation juridique en droit international Privé dans Melanges offerts à Jaques Maury, T. L. Paris 1960, P. 28 ets.

(٣) Lalive, op. cit., P. 17 - 18.

في الخارج فإن هذا العنصر يكون له وزنه وقيمته - في خصوص المسألة محل البحث - إذا أضيف إلى عناصر أخرى أجنبية، كأن يكون مثلاً هو نفس المكان الذي يوجد به المال المتعلق به العقد"^(١).

ونظراً لصعوبة المسألة وصعوبة وضع معيار عام يتحدد من خلاله مفهوم العقد الدولي رأى البعض إمكانية الاستعانة بالمعيار الاقتصادي. فإذا كان أطراف العقد مثلاً - شركتين مقرهما في داخل دولة واحدة وكانت إحداها شركة وطنية والأخرى فرعاً لشركة أجنبية، فإنه يمكن - بحسب الظروف التي تحيط بالعقد - اعتباره دولياً متى تعلق بمصالح التجارة الدولية"^(٢).

وبالتأمل فيما تقدم يمكن أن نرصد ما يلي:

- هناك عناصر "مؤثرة" في العلاقة العقدية وأخرى غير "مؤثرة". الأولى وحدها هي التي تضيف على العقد طابعه الدولي، وكلما تعددت عناصر الاتصال بالنظام القانوني الأجنبي كلما كان ذلك "بالغ التأثير" في إضفاء صفة الدولية.
- عنصر "الأجنبية" في العقد له صفة نسبية، بمعنى أن ما قد يعد مؤثراً في علاقة عقدية قد لا يكون كذلك في عقد آخر.
- إن وصف "الدولية" هذا لا يوجد قائماً بذاته مستقلاً، وإنما يوجد من خلال ارتباطه بمسألة أخرى محددة. أنه لا يوجد في ذاته بطريقة مجردة ومطلقة.

N'existe qu'en relation avec une question déterminée" et non pas de manière abstraite ou absolue.

والحال كذلك، فإن تحديد مفهوم الدولية يتوقف على المسألة المراد البحث لها عن حل. فلو أن شخصين متوطنان في سويسرا أبرما عقداً متعلقاً ببيع سيارة مصنوعة في إنجلترا، فإن العنصر الأجنبي المتمثل في كون السيارة محل العقد مصنوعة في الخارج قد لا يكون له أدنى تأثير فيما لو كان النزاع

Lalive, cours précité, P. 18.

(١)

Lalive, cours précité, P. 18.

(٢)

المطروح يتعلق بدعوى صحة عقد البيع بين الطرفين. وعلى النقيض من ذلك إذا تعلقت المنازعة المرتبطة بالعقد ليس فقط بمسئولية البائع وإنما أيضا بمسئولية الجهة الصانعة للمركبة، فإن العنصر الأجنبي المتمثل فى كون السيارة انجليزية الصنع، قد يضيف أهمية فى خصوص تحديد صفة الدولية فى الرابطة العقدية^(١).

وفكرة المعيار القانونى "المؤثر" أو "المعبر" أو "الفعال" الذى ينفخ فى العلاقة من قوته فيضفى عليها الصفة الدولية هو المعيار الذى يأخذ به الفقه المعتمد فى مصر^(٢). فالوقوف على "طابع الدولية" فى عقد من العقود يتحدد من واقع القيام بعملية تحليل للرابطة المطروحة من خلال مجموع الظروف الإيجابية الملائمة وليس واحدا منها على حدة. ويتعين لذلك تركيز الرابطة محل البحث لمعرفة ما إذا كانت تتركز بكل عناصرها فى محيط نظام قانونى داخلى معين أم أنها تتجاوزه بالضرورة حيث تستلزم تحريك قواعد القانون الدولى الخاص، سواء أكانت قواعد مادية أم قواعد تنازع^(٣).

ولا شبهة فى أن للقاضى دورا تقديريا فى عملية الكشف عن العنصر المؤثر. ولا خشية من ذلك بالنسبة لما يتمتع به القاضى من سلطة التقدير. فهو خاضع فيه لرقابة محكمة النقض بحسبان أن التكييف الذى يجريه إنما يرتبط بالأعمال الصحيح لقواعد الإسناد فى قانون دولته. فلئن خلس إلى إعمال قانون الإرادة بشأن علاقة وطنية خالصة وطبق قانونا أجنبيا، فإن عمله هذا يستوجب

(١) Lalive، دروس لاهى، ص ١٨، F. Knoepfler، العقد فى القانون الدولى الخاص السويسرى الجديد، المرجع السابق، ص ٨٢.

(٢) أنظر فى ذلك الدكتور أحمد صادق القشيري، الاتجاهات الحديثة، المرجع السابق ص ٦٣ وما بعدها، الدكتور هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، فقرة ٦ ص ٨ وما بعدها، استاذنا الدكتور فؤاد رياض بالاشتراك مع الدكتورة سامية راشد، أصول القانون الدولى الخاص، ١٩٩٢ فقرة ٢ ص ٣ وما بعدها. المستشار الدكتور منير عبد المجيد، تنازع القوانين فى علاقات العمل الفردية، المرجع السابق، فقرة ٣١ ص ٣٣ وما بعدها.

(٣) الدكتور أحمد القشيري، الاتجاهات الحديثة ...، ص ٧٥.

النقص لكونه يشكل خطأ في تطبيق قاعدة الإسناد الوطنية^(١). وما دام الأمر كذلك فلا خشية من هذه السلطة التقديرية الواسعة التي تكون للقاضي في هذا الشأن.^(٢)

تطبيقات قضائية لهذا المعيار:

وإعمال المعيار القانوني له تطبيقات عديدة في القضاء الفرنسي، نعرض لبعض منها محددتين وجهة نظرنا:

حكم Hechet:

في قضية تحصل وقائعها في أنه في السابع من ديسمبر ١٩٦٧ تم إبرام عقد في هولندا بين الشركة الهولندية Buismans، ومركزها الرئيسي في هولندا، والسيد Hechet الفرنسي الجنسية بمقتضاه تم اعتبار هذا الأخير الوكيل الوحيد لمدة ثلاث سنوات لبيع منتجات غذائية في فرنسا باسم ولحساب الشركة المتعاقدة. وقد أدرج في العقد ذاته شرط خاص بالتحكيم مفاده العهدة بالمنازعات التي تنشأ عن هذا العقد من حيث تفسيره وتنفيذه إلى غرفة التجارة الدولية في باريس.

في السادس من فبراير ١٩٦٩، وعلى أثر خلاف بين الطرفين، رفع Hechet دعوى ضد الشركة طالباً فسخ العقد وتعويضه عما لحق به من أضرار نتيجة ما تكبده من خسارة، وذلك أمام محكمة باريس التجارية. دفعت الشركة المذكورة بعدم قبول الدعوى أمام المحكمة فأجابتها إلى طلبها. وقد طعن Hechet على هذا الحكم استئنافياً متذرعاً بأنه وإن كان صحيحاً أن ثمة اتفاق تحكيم بين الطرفين إلا أن هذا الاتفاق موصوم بالبطلان لكونه لا يكتسب صفة التاجر وفقاً للقانون الفرنسي.

(١) الدكتور المستشار منير عبد المجيد، سابق الإشارة إليه، فقرة ١٩، ص ٢٢ والمراجع المشار إليها فيه.

(٢) الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، ١٩٩١ - ١٩٩٢، ص ٥٤٨.

لم تلتفت محكمة استئناف باريس لهذا الدفع، وقدرت في حكم لها في ١٩ يونية ١٩٧٠^(١) أن العقد المبرم بين الطرفين - والمتعلق به شرط التحكيم - هو عقد دولي بالنظر إلى أنه قد أبرم في هولندا وأن أحد طرفي التعاقد - وهو الشركة - يتمتع بالجنسية الهولندية فوق أن موضوع العقد يتعلق بوكالة يجب تنفيذها في فرنسا موضوعها بيع منتجات غذائية باسمه ولحساب الشركة الهولندية. بعبارة أخرى رأَت المحكمة أن الأمر يتعلق بعقد دولي "على اتصال بأكثر من نظام قانوني صادر عن عدة دول".

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا النظر في حكم لها في ٤ يولية ١٩٧٢^(٢) مؤكدة بدورها على دولية العقد ومن ثم على صحة شرط التحكيم. والناظر في الحكم يتكشف له منه بعض مؤشرات يمكن أن تساعد في تحديد المنطلق الذي أعتمدته المحكمة لبناء حكمها في اعتبار العقد دولياً:

- أن محكمة النقض الفرنسية - ومن قبلها محكمة استئناف باريس - قد اعتمدت المعيار القانوني النابع من كون العقد على "اتصال بأكثر من نظام قانوني".

- أن الصياغة التي جاء عليها الحكم تنفيذ على ما يبدو ضرورة اجتماع أكثر من عنصر لإضفاء صفة الدولية على العقد: محل إبرامه في الخارج، أحد الطرفين يتمتع بجنسية دولية أجنبية، موضوع العقد المتمثل في وكالة قصيرة للوكيل لبيع منتجات غذائية باسم الشركة ولحسابها في فرنسا. معنى ذلك أن المحكمة لم تنتق واحداً من هذه العناصر وتركز عليه رانية فيه للقدره والفعالية لإضفاء صفة الدولية على العقد.

(١) منشور في J. C. P. ١٩٧١ - ٢ - ١٦٩٢٧ مع تعليق للأستاذ Goldman المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، ١٩٧١ ص ٦٩٢، مع تعليق للأستاذ Level.

(٢) المجلة الانتقادية ١٩٧٤ ص ٨٢ مع تعليق 'c'UNET، Level، ١٩٧٢، ص ٨٤٣ مع تعليق Opperit، المجلة الفصلية للقانون التجاري، ١٩٧٣، ص ٤١٩، ملاحظات لوسوارن.

- إن التحليل المتعمق للمسألة يوحي بأن المحكمة أجرت "عملية تركيز" للعقد بقصد تكييفه لا بقصد تحديد القانون الواجب التطبيق فرأت أنه لا يتركز في داخل الإقليم الفرنسي وإنما هو "على اتصال بعدة نظم قانونية" "فينفر" من أن يخضع والحال كذلك لقواعد وطنية الأمر الذي يجب أن تتحرك معه قواعد القانون الدولي الخاص في هذا الشأن.

- فوق ذلك فإن المحكمة أيضاً لم تقف بالمسألة عند حد المعيار القانوني وإنما ألمحت إلى أن موضوع هذا العقد يترتب عليه تنمية صادرات الشركة الهولندية. وكان المحكمة بذلك قد أرادت أن تمزج بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي وهو ما قد يشير تحت بصر المحلل إلى أن هذا الحكم يصنف مع الأحكام التي "تمزج بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي" وتطلب الجمع بينهما^(١).

- إلى ذلك يضاف أنه يكفي للمحلل المدقق أن يقول إن موضوع العقد واجب "التنفيذ" في فرنسا. فمحل التنفيذ يستغرق "العنصر المسمى بالعنصر الاقتصادي". وبعبارة أخرى، فإنه لما كان هناك معيار قانوني من شأنه أن يستغرق المعيار الاقتصادي فإنه يكفي أن يركز على الأول دون الثاني وبحيث يظل الباحث داخل إطار المعيار القانوني.

حكم Tardieu:

وتتوصل وقائع هذا "الحكم" في أنه في الثامن من يوليو ١٩٧٧ أبرم عقد بين شركة مساهمة فرنسية هي Bourdon والسيد Tardieu الفرنسي الجنسية أيضاً موضوعه قيام هذا الأخير بتمثيل مصالح الشركة التجارية في "كولومبيا" وذلك لقاء مقابل محدد عند التعاقد، ولكنه مقابل يتحرك إلى أعلى تبعاً لارتفاع نسبة المبيعات، بالإضافة إلى تعويضه عن كل ما يتكبده من نفقات.

(١) Oppetit. Note précité sous la cour d'appel de Paris, 19 Juin 1970, Clunet 1972, P. 843. Goldman, note précitée J. C. P. 1971 V. aussi Mestre, note sous cass. 7 Octobre 1980, Rev. Crit. 1981, P. 313, V. P. 322.

ومقابل ذلك يتعهد السيد Tardieu بأن يبيع منتجات هذه المؤسسة فى داخل الدولة المذكورة وأن يجد لها منافذ أخرى للتوزيع وأن يقدم لهذه المؤسسة أيضاً النصح بشأن السياسة التجارية التى يجب عليها اتباعها على ضوء قراءته لواقع السوق فى هذا المكان على الطبيعة. وقد أدرج فى العقد نص مضمونه "أنه عند المنازعة فى تفسير أى من نصوص هذا العقد أو الخلاف حول تنفيذه أو عدم تنفيذه فإن محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية تكون وحدها المختصة بالفصل فى هذه المنازعات".

وما أن أبرم العقد بين الطرفين حتى ثارت العراقيل أمام تنفيذه، فما كان أمام شركة S. A. Bourdon إلا أن تلجأ إلى ساحة قضاء محكمة باريس الابتدائية طالبة، بصفة أصلية، إبطال العقد للغش الذى قارفه السيد Tardieu، وبصفة احتياطية بفسخ العقد والتعويض عن الأضرار التى لحقت الشركة نتيجة الأخطاء التى وقعت من المدعى عليه. دفع السيد Tardieu بعدم قبول الدعوى لوجود شرط تحكيمى.

وفى ٢٦ أكتوبر ١٩٧٨ أصدرت المحكمة حكمها بقبول الدفع مقدرة أن شرط التحكيم يكون شرطاً صحيحاً لا غبار عليه متى كان مدرجاً فى عقد ذى طبيعة دولية. وبالنظر إلى أن الاتفاق المبرم موضوعه قيام السيد Tardieu بتسويق منتجات الشركة فى كولومبيا فإن معنى ذلك أن العقد متعلق بمصالح التجارة الدولية فيكون بهذا الوصف عقداً دولياً.

ولما طعن على هذا الحكم أمام محكمة استئناف باريس فإنها لم تقر محكمة أول درجة على حكمها - فبعد أن استبعدت المحكمة الدفع الأسمى مقدرة أنه لا مجال له وأن اتفاق التحكيم لا يمتد إليه، راحت تبحث فى مدى سلامة الدفع الاحتياطى فخلصت إلى أنه وإن كان صحيحاً أن هذا الدفع يتعلق بعدم تنفيذ العقد وبالتالي يشمل شرط التحكيم المتفق عليه، إلا أن الأمر - تحت نظر المحكمة - لا يتعلق بعقد دولى ومن ثم يكون شرط التحكيم ذاته باطلاً.

وقد قدرت المحكمة أن ليس للعقد الصفة الدولية على أساس أن المتعاقدين، كلاهما، من جنسية واحدة هي الجنسية الفرنسية، وأن العقد قد أبرم في باريس حيث يوجد مركز أعمال الشركة المدعية، وأن أطراف العقد قد أرادا إخضاع عقدهما إلى القانون الفرنسي، وأن عملة الوفاء المتفق عليها هي "الفرنك" الفرنسي، وأن لغة العقد هي اللغة الفرنسية. وإذا انحسرت صفة الدولية عن هذا العقد فإن مودى ذلك أن يكون شرط التحكيم المدرج فيه شرطاً باطلاً. وعلى هذا الأساس، وبالنظر إلى أن السيد Tardieu كان متوطنًا في هذا الوقت في باريس، فإن الاختصاص بنظر المنازعات المتولدة عن العقد المذكور تدخل في حوزة محكمة باريس الابتدائية.

لم يتقبل السيد Tardieu هذا القضاء برضاء قطعن عليه. فهو قد أخذ على محكمة استئناف باريس جملة مأخذ:

أولها: أن المحكمة قد أوردت من بين أسباب حكمها أسباباً غير حاسمة يقطر الشك من بين ثناياها. من ذلك قولها أن العقد موضوع المنازعات لم يكن له وصف العقد الدولي "بصورة مؤكدة".

وثانيها: أن المحكمة قد أطاحت بالمبادئ القانونية المستقرة: فهي لم تعتبر العقد دولياً رغم أن تنفيذه كان واجباً إتمامه في الخارج (في كولومبيا)، وأن الوكيل كان يخضع لأحكام القانون المحلي الكولومبي في ممارسته لعمله وأن موضوع العقد كان يتعلق بالتجارة الدولية بين الشركة الفرنسية وكولومبيا، وأن الأطراف أنفسهم قد عهدوا بالاختصاص لفرقة التجارة الدولية، اعترافاً منهم بالطابع الدولي لعقدتهما.

لم تستجب محكمة النقض الفرنسية في حكم لها في ٧ أكتوبر ١٩٨٠^(١) لشي من ذلك وباركت محكمة استئناف باريس على ما خلصت إليه من حيث عدم اعتبار العقد المتعلق به النزاع عقداً دولياً. "فلقد أحسنت محكمة استئناف باريس القضاء الذي صادف صحيح القانون - والكلام للمحكمة - حين قدرت

(١) المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، ١٩٨١، ص ٣١٣ ومع تعليق J. mestre.

على حق بأن العقد المبرم بين فرنسيين متوطنين في فرنسا، أخضعاً للقانون الفرنسي العلاقات فيما بينهما، ليست له الصفة الدولية، حتى ولو أن أحد المتعاقدين كان مدعواً للاغتراب إلى الخارج...".

منى عرضنا للوقائع المتقدمة للحكم كان لنا أن نورد بعض الملاحظات:

- البادى من هذا الحكم - كما يشير المعلق عليه أيضاً - أن محكمة النقض الفرنسية - ومن قبلها محكمة استئناف باريس - قد عولت بصورة قاصرة على المعيار القانوني^(١). غير أن الذى نراه ههنا أن هذا المعيار القانونى الذى انحازت إليه المحكمة يعد معياراً "مبتسراً" إن صح هذا التعبير. فالمحكمة وقد أغضت عينها عن معيار مكان التنفيذ فإنما تكون بذلك قد ضيقت أكثر مما يقول به أنصار المعيار القانونى بالمعنى الذى أوضحناه. وما كان الأمر ليثير غرابة عندنا لو أنها استبعدت عنصراً يغلب عليه طابع العرضية فى معظم الحالات مثل عنصر محل الإبرام، ولكنها استبعدت عنصراً تغلب عليه الأهمية فى غالبية العقود وهو مكان التنفيذ.

- وإذا كان الفقه الناقد للمعيار الاقتصادى يكره فيه بصفة خاصة ما ينطوى عليه من تضيق شديد^(٢) فإن المحكمة بالمعيار القانونى الذى ارتكبت إليه فى هذه المنازعة قد ضيقت أكثر مما لو كانت قد أخذت بالمعيار الاقتصادى. لماذا؟ نعرف من وقائع المنازعة أن العقد واجب التنفيذ فى كولومبيا، وأنه لو تم تنفيذه بالفعل لترتب على ذلك تنمية صادرات الشركة الفرنسية إلى الخارج. مرة أخرى نجد أن المحكمة قد ضيقت من نطاق المعيار القانونى بصورة أكثر مما يقول به المعيار الاقتصادى المكروه عند الكثيرين

(١) Mestre (J.) note précitée, P. 322.

(٢) لوسوارن وبريدان، قانون التجارة الدولية، المرجع السابق، فقرة ٥١١ B. Oppetit، تعليقه السابق الإشارة إليه، clunet ١٩٧١، ص ٨٣٩، Mestre تعليقه السابق الإشارة إليه، المجلة الانتقادية ١٩٨١، ص ٣٢٣.

لأسباب من بينها أنه معيار "مضيق".

- إن المحكمة في هذه الخصوصية - وكما يبين من قراءة الحكم - تعرف العقد الدولي تعريفاً سلبياً. فهي تقول إن العقد المبرم بين فرنسيين متوطنين في فرنسا وخاضعين بمقتضى هذا العقد للقانون الفرنسي، لا يكون دولياً ولو أدى ذلك إلى "تغريب" أحد طرفيه إلى الخارج. والذي يبدو من هذا التحديد أن المحكمة قد قامت بعملية تركيز العقد، تركيز بقصد التكييف للرابطة لا بهدف تحديد القانون الواجب التطبيق. وقد بان لها أن اجتماع أكثر من عنصر في داخل النظام القانوني الفرنسي يعني أن العقد يخضع للنظام القانوني الفرنسي بوصفه عقداً وطنياً أو داخلياً ولا يكون ثمة محل لتحريك قواعد القانون الدولي الخاص في هذا الشأن. ومع ذلك فنحن نرى أن هذا التركيز لم يتم على الوجه الصحيح. فقد يكون ثمة عنصر واحد يفوق في الوزن - في خصوص عقد معين - مجموعة عناصر وبحيث يضيف هذا العنصر منفرداً الطابع الدولي على العقد. وعدم صحة التركيز هنا مرجعها أن المحكمة أغفلت مكان تنفيذ العقد، وهو عنصر له وزنه وثقله يستوعب - هنا أيضاً - العنصر الاقتصادي.

ولا يبرأ الحكم من المأخذ التي ترد عليه حتى وإن قيل بأنه حكم قد صدر في ظروف خاصة تتمثل في أن النزاع قد ثار مباشرة على أثر إبرام العقد وقيل أن يرحل الممثل التجاري إلى كولومبيا لممارسة عمله فيها. إذ لو كان قد سافر لكانت هناك حركة اقتصادية قد تمت بخروج المنتجات من فرنسا إلى كولومبيا وهو ما كان سيُعد يومئذ متعلقاً بمصالح التجارة الدولية. أما وقد نشأ النزاع قبل حدوث ذلك فإن مصلحة التجارة الدولية لا تكون معنية بهذا. لا يصح الدفع بذلك ولو صح لكان لنا أن نصنف الحكم عندئذ بين الأحكام التي تأخذ بالجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي. وإن صح ما تقدم فإنه سيؤدي إلى حلول متضاربة ومتناقضة: العقد الواجب التنفيذ في الخارج يمكن أن يكون

له تارة الصفة الدولية إن بُدء في التنفيذ قبل طرح النزاع أمام القضاء وتارة الصفة الوطنية إن لم يكن التنفيذ قد بدأ في هذا الوقت.

- يبقى أن نشير في مجال تقييم الحكم أن المحكمة قد أوردت - من بين أسبابها - أن طرفي العقد قد أرادا إخضاع العقد لقانونهما الفرنسي مما يعنى قناعتهما بأن الأمر لا يتعلق بعقد دولي. وهذا تسببب لا يستقيم. فتكليف العقد وما إذا كان دولياً أم داخلياً لا تحدده إرادة الأطراف. فإن كان العقد داخلياً فلا يكون لهما أن يخلعا عليه صفة الدولية، وإن كان العقد دولياً من الناحية الموضوعية فليس في مقدورهما أن ينزعا عنه صفته هذه واعتباره وطنياً^(١).

حكم Berlaty:

في هذا الحكم أيضاً اعتنقت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في التاسع من نوفمبر ١٩٨٤ المعيار القانوني لإضفاء الصفة الدولية على العقد^(٢).

ولا تختلف وقائع هذا الحكم عنها في حكمي Hecht و Tardieu. فالأمر يتعلق بعقد أبرم في السويد بين شركة سويدية وفرنسي موضوعه قيام الطرف الفرنسي بصفته وكيل تجارياً عن الشركة السويدية بتسويق منتجاتها والترويج لها في فرنسا. وقد أورد الطرفان في عقدهما شرطاً خاصاً بالتحكيم للنظر في المنازعات التي تتولد عن تفسير العقد وتنفيذه.

وحيث بلغت المنازعات بين الطرفين ساحة القضاء خلصت محكمة استئناف باريس إلى أنه لما كان الأمر يتعلق بعقد دولي فإن شرط التحكيم المدرج في العقد يكون شرطاً صحيحاً. وقد استنبطت المحكمة صفة الدولية للعقد من مجموعة عناصر: فالعقد أبرم في السويد، وأحد أطرافه شركتان سويديتان، وموضوعه هو توكيل مواطن فرنسي الجنسية بالقيام في فرنسا

(١) Mestre, note précitée, P. 327, Laussouarn et Bredin, op. cit., No 513.

(٢) استئناف باريس، نوفمبر ١٩٨٤، clunet، ١٩٨٦، ص ١٠٣٩ مع تعليق E. loquin.

بصفته وكيلاً بأعمال قانونية باسم ولحساب الشركات الأجنبية المتعاقدة معه بقصد تنشيط الاستيراد إلى فرنسا لبضائع منتجة في الخارج.

والذي نلاحظه على هذا الحكم:

- أنه وإن كان قد صرح بأن العقد يعد دولياً "لاتصاله بأكثر من نظام قانوني لأكثر من دولة" إلا أنه - كما هو الحال في قضاء Hechet - لم يتخير من بين هذه العناصر واحداً معتبراً إياه أنه هو العنصر المؤثر، وإنما اعتمد - على ما يبدو - في التكييف على توافر هذه العناصر مجتمعة.

- إن المحكمة قد أشارت إلى المعيار الاقتصادي من طرف خفي حين ذكرت أن موضوع العقد يهدف إلى "تنشيط الاستيراد إلى فرنسا لبضائع منتجة في الخارج". فكانت المحكمة قد أرادت أن تمزج بين المعيار القانوني والمعيار المسمى بالاقتصادي. ولكن التحليل الصحيح عندنا يكمن في أن المحكمة قد شاعت أن تجرى تركيزاً للعقد فوجدته على اتصال بأكثر من نظام قانوني وأنه لا يتركز في داخل النظام القانوني الفرنسي وحده ومن هنا تكون له صفة الدولية.

المطلب الثاني

المعيار الاقتصادي

والواقع أن الخلفية الحقيقية لهذا الاتجاه تكمن في اعتبارات مستمدة من مصالح التجارة الدولية. فقد درج القضاء الفرنسي على التعويل على هذا المعيار بقصد الوصول إلى إقرار صحة "شرط التحكيم الوارد في عقد دولي رغم بطلان مثل هذا الشرط إذا ورد في عقد داخلي. وكذلك ما قضى به من صحة شرط الذهب وما في حكمه من شروط يستهدف من ورائها توقي مخاطر تغير السعر متى كانت هذه الشروط واردة في عقد وصف بأنه دولي، في حين أن الشرط ذاته يعد باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام إذا ورد في عقد داخلي. وقد جاءت فكرة العقد الدولي بالمعنى الاقتصادي لتبرر هذه الحلول^(١) ولبلوغ هذه

(١) الدكتور أحمد القشيري، الاتجاهات الحديثة، ... المرجع السابق، ص ٧٠.

الغاية لم يتقيد القضاء الفرنسي - في سبيل تحديد مقصود العقد الدولي - بمفهوم مادي يتسم بالجمود. وإنما عمد إلى استخدام أسلوب "ديناميكي يتسم بالمرونة ويهدف إلى تحليل الظروف المحيطة بالعقد للتأكد من اتصاله بعملية قانونية تتجاوز بالضرورة حدود النظام القانوني الداخلي لدولة واحدة"^(١).

لكن ما المقصود بالمعيار الاقتصادي الذي لو توافر لثبتت الصفة الدولية للعقد مع ما يترتب على ذلك من آثار؟.

الواقع أن القضاء الذي اعتمد هذا المعيار لم يقل بتعريف واحد في هذا الشأن. فمحكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير الذي أصدرته في ١٧ مايو ١٩٢٧^(٢) قالت بأن العقد الذي يتصف بالطابع الدولي هو ذلك الذي يترتب عليه حركة ذهب وإياب أو مد وجزر Fleux et de reflux للبضائع والأموال عبر الحدود.

هذا التعريف يتميز عند الفحص بإمكانية الوقوف عليه ببسر وسهولة. كما أنه من الميسور إعماله ببساطة بالنسبة لبعض العقود مثل عقد البيع الدولي وعقد القرض الدولي والعمليات المصرفية الدولية وعقد التبادل أو المقايضة. ومع ذلك فإنه يكون قاصراً غير ملائم بالنسبة لبعض العقود الأخرى وبصفة خاصة عقود تقديم الخدمات. كما أنه لا يأخذ في الحسبان تنوع طرق الوفاء، فليس كل ذهب للبضاعة مثلاً يقابله "إياب" يتمثل في مبلغ الوفاء. فقد يتم الوفاء عن طريق المقاصة^(٣). ولا يصح تعقيد المعيار بالقول أنه حتى في حالة المقاصة يكون ثمة مد وجزر لحركة البضائع والأموال وإن أنصرف إلى عمليات أخرى سابقة أو لاحقة.

(١) الدكتور أحمد التشيرى، الاتجاهات الحديثة...، ص ٧٥.

(٢) منشور في Sirey ١٩٢٧ ج ١ ص ٢٨٩ مع تعليق Esmein.

(٣) هولوفوييه ودولابراديل، القانون الدولي الخاص، ١٩٨٧، المرجع السابق، فقرة ١٣٦٩ ص ٥٩١.

ويبدو أن الاعتبارات المتقدمة هي التي أدت إلى انحسار المعيار الاقتصادي بهذا التحديد القاصر من ناحية والغامض من ناحية أخرى. ولذا نجد أن محكمة النقض الفرنسية ذاتها وفي حكمين متتابعين^(١) تذهب إلى إضفاء الطبيعة الدولية على العقد متى "تعلق بمصالح التجارة الدولية". ومع ذلك، فإن من غير المنكور أن تحديد المقصود بمصالح التجارة الدولية هو بذاته، فضلا عما يتسم به من تضيق وعدم تحديد، يحتاج إلى تعريف^(٢). ورغم ذلك، ما يزال القضاء الفرنسي يردد هذا التعريف.

ولم تشأ محكمة النقض أن تقتصر على التعريفات المتقدمة. فعندها أيضاً أن العقد الدولي هو ذلك الذي يرد على "عملية تتجاوز نطاق الاقتصاد الداخلي"^(٣). وهذا التحديد بدوره ليس فوق التجريح. فهو أيضاً غير محدد يكتفه

(١) نقض ١٩ فبراير ١٩٣٠ و ٢٧ يناير ١٩٣١، Sirey ١٩٣٣ - ١ - ٤١ تعليق Niboyet، المجلة الانتقادية ١٩٣١، ص ٥١٤. وفي ذات الاتجاه استئناف كولمار في ٢٩ نوفمبر ١٩٦٨، مجلة التحكيم ١٩٦٨ ص ١٤٩، J. C. P. ١٩٧٠ - ٢ - ١٦٢٤٦ والتعليق.

هذا، وقد سطرت محكمة النقض حكمها في ١٩ فبراير ١٩٣٠ بقولها:

"les conventions mettant en jeu des interêts du commerce International, et la nullité de la clause compromissoire édictée par l'article 1006 du Code de Procédure Civile n'étant pas d'ordre public, les parites, meme étant française l'une et l'autre, ont pu valablement dans contrat conclu déroger aux dispositions de ce texte".

Loussouarn et Bredin. Droit du Commerce international, op. cit.. N° 511, P. 593 et s. (٢)

(٣) نقض مدني ١٤ فبراير ١٩٣٤، D. P. ١٩٣٤ - ١ - ٧٣ وفيه قالت المحكمة:

"Le caractère international d'une operation ne depend pas nécessairement du domicile des parties et du lieu stipule pour règlement, mais de la nature et de tous les éléments qui entrent en ligne de compte pour imprimer aux mouvements de fonds qu'elle comporte un caractère dépassant le cadre de l'économie interne.

وهذا الحكم ترددت عباراته أيضاً في استئناف باريس في ٢ يونيو ١٩٦٩، Clunet ١٩٧١، ص ١١٩ مع تعليق Oppetit وفيه قالت المحكمة:

".. Le caractère international d'un arbitrage, lit - on dans la decision du 20 Juin 1969, ne depend ni du lieu de l'arbitrage ni de la nationalité des parties, mais du seul fait que la matière soumise aux arbitres est internationale, c'est - à - dire que le marché, objet du litige, met en jeu des intérêt du Commerce International".

العموض. ثم كيف يمكن الفصل بين الاقتصاد الداخلى والاقتصاد الدولى؟ فما هو معيار ذلك، وما هو الوقت الذى بمقتضاه يمكن للباحث أن يحدد بيقين أن عملية داخلية قد أصبحت ذات طبيعة دولية^(١).

وأياً كان الأمر فإن للمعيار الاقتصادى الذى بمقتضاه يتحدد الطابع الدولى للعقد أنصار فى الفقه^(٢)، وعديد من التطبيقات القضائية فى القضاء الفرنسى الحديث^(٣). من ذلك ما قالت به محكمة استئناف باريس فى حكم لها فى ٢٦ أبريل ١٩٨٥ من أن الطابع الدولى يتحدد بصفة أساسية بالنظر إلى العملية الاقتصادية التى يرتبط بها. ويكفى أن يترتب على هذه العملية "حركة انتقال للبضائع والخدمات أو حدوث تسوية عبر الحدود وبصرف النظر عن مكان التحكيم أو القانون الذى يحكم إجراءاته أو جنسية الأطراف"^(٤).

المطلب الثالث

الجمع بين المعيارين القانونى والاقتصادى

وهناك العديد من أحكام القضاء الفرنسى تميل إلى الجمع بين المعيارين الاقتصادى والقانونى. من ذلك ما قالت به محكمة النقض فى حكمى Hechet^(٥)

- (١) هولوفوييه ودولابراييل، القانون الدولى الخاص، المرجع السابق، فقرة ١٣٧١.
- (٢) Goldman. Note Précitée au J. C. P., 1971, 11, 16927, Fouchard, Quand un arbitrage est - il international? Rev. arbi, 1970, P. 74 ets; la loi Francaise et les operations Bancaires liées à L'activite internationale, rev. Juris, Com. No special 1984, P. 68 ets., V. No 10, P. 70 - 71, J. P. Eck, Rep. Dalloz dr. int., Vo paiement, No, 15 ets., Hachem Mohamed larbi, recherches sur la loi applicable aux Opérations internationles de Banque thèse Paris, 1973, N° 247 ets. P. 182 ets.
- (٣) استئناف باريس ١٣ ديسمبر ١٩٧٥، المجلة الانتقادية ١٩٧٦، ص ٥٠٧ تعليق الأستاذ Oppetit، وحكمها فى ٢٦ إبريل ١٩٨٥ clunet، ١٩٨٦، ص ١٧٥، تعليق Jacquet، مجلة التحكيم ١٩٨٥، ص ٣١١ مع تعليق Mezger، نقض مدنى ١٨ مايو ١٩٧١، دالوز ١٩٧١، ص ٣٧ تعليق Alexandre clunet، ١٩٧٢، ص ٦٢ تعليق Oppetit، مجلة التحكيم ١٩٧٢، ص ١٢ استئناف باريس فى ٢٨ نوفمبر ١٩٨٩ و ٨ مارس ١٩٩٠، مجلة التحكيم ١٩٩٠، ص ٦٧٥، وحكمها فى ٢٩ نوفمبر ١٩٩٠، clunet، ١٩٩١، ص ٤١٤، وحكمها فى ٢٨ يناير ١٩٨٨، clunet، ١٩٨٩، ص ١٠٢١ مع تعليق E. Loquin.
- (٤) Paris 26 avril, 1985 précité.
- (٥) نقض فرنسى ٤ يولية ١٩٧٢، المجلة الانتقادية ١٩٧٤ - سابق الإشارة إليه.

و Berlaty^(١) السابق ذكرهما. كما سلكت ذات الإتجاه محكمة استئناف "تولوز" في حكم لها في ٢٦ أكتوبر ١٩٨٢ بقولها: "المعياران يستعصى الفصل بينهما. واجتماعهما معاً هو الذي يُجسّد ملياً العنصر الأجنبي في العقد بما يضمن على العلاقة الصفة الدولية".

"Ces deux ceracteres paraissent difficilement détachables l'un de l'autre et c'est leur conjonction que caracterise le mieux L'éxtranéité"^(٢).

العمل الذي نرجعه:

واضح مدى التباين في النظر بشأن هذا الموضوع وصعوبته باعتراف جمهور الفقهاء^(٣) الذين تعرضوا له. وفيه لنا بعض ملاحظات:

(١) استئناف باريس ٩ نوفمبر ١٩٨٤، clunet، ١٩٨٦ سابق الإشارة إليه.

(٢) استئناف تولوز، ٢٦ أكتوبر ١٩٨٢، clunet، ١٩٨٤، ص ٦٠٣ مع تعليق Synvet، وقرأ في هذا الحكم:

"Attendu que si la notion de contrat international est effectivement difficile à cerner, la jurisprudence a retenu un certain nombre d'éléments qui permettent de la caractériser, les uns de caractère juridique et notamment le fait que ledit contrat se rattache à des norms juridiques émanant de plusieurs Etats, les autres de caractère économique en ce qu'il a pour effet de mettre en jeu le intérêts du commerce international;

Attendu que si chacun de ces caractères a pu être considéré comme suffisant en meme pour établir le caractère international d'une convention, ces deux caractères paraissent difficilement détachables l'un de l'autre et c'est leur conjonction qui caractérise le mieux l'extranéité;

Attendu qu'en la cause il est constant que le lieu de la conclusion du contrat, Ravennan en Italie, la nationalité différente des parties et l'objet meme du contrat qui était de permettre à un ressortissant français d'accomplir en France un certain nombre d'actes juridiques relevant du droit interne, faisaient appel à des norms juridiques émanant de deux Etats;

Que l'application de ces norms juridiques differents avait bien d'autre part pour objet de mettre en jeu les intérêts du commerce international de sorte que les deux critères se retrouvent l'un dans l'autre imbriqués".

La Live, cours la Haye, op. cit., P. 17., Knoepfler, Le contrat dans le nouveau droit international privé Suisse, op. cit., p. 81. Batiffol et lagarde, op. cit., P. 276; Vincent Heuzé, la réglementation Francaise des contrats des contrats intetnationaux, (éd. JOLY), Paris 1990, No 250 ets, P. 132 ets.. Holleaux, Foyer et de la pradelle, droit international privé, op. cit., No 1368. (٣)

أولاً: إن كل عقد دولى بالمعنى الاقتصادى هو بالضرورة دولى بالمعنى القانونى^(١). وفى عبارة معادلة، فإن المعيار الاقتصادى لا يتصور وجوده المتمثل فى تجاوز موضوع العملية للنطاق الاقتصادى لحدود دولة معينة إلا من خلال وجود عنصر قانونى ملازم له وملتصق به. بيد أن العكس ليس صحيحاً. ذلك أنه من المتصور أن يكون ثمة عقد دولى بالمعنى القانونى وبحيث يرتبط من خلال عناصره بأكثر من نظام قانونى دون أن ينطوى على المعنى الاقتصادى بالمفهوم الذى حددناه. فالعقد المبرم فى باريس بين مصرى وفرنسى على بيع بضائع مصرية موجودة فى مصر من الأول إلى الثانى ودون أن يترتب على ذلك حركة انتقال فى البضائع أو الثمن هو عقد. وإن إنطوى على عناصر قانونية، إلا أنه مجرد من الطابع الاقتصادى بالمفهوم الذى حددناه. هذا المعنى هو ما حدده فى وضوح الأستاذ "جولمان" عندما أبرز أنه حينما يكون العقد هو "أداة الإنتاج" أو المبادلات الدولية، فإنه يتضمن بالضرورة أيضاً عناصر قانونية "متعددة الجنسيات"، وهو ما يتحقق بصفة خاصة فيما لو كان البائع والمشتري متوطنين فى دولتين مختلفتين، أو إذا كان المستثمر ينتمى لدولة أخرى غير الدولة المضيفة التى يتم فيها الإستثمار، أو إذا كانت البضائع المباعة قادمة من دولة أخرى غير تلك التى يتم فيها تسليمها^(٢).

ثانياً: إن الحلول القضائية التى اعتنقت المفهوم الاقتصادى رائية فيه "الضابط المؤثر" لتحديد طبيعة الدولية للعقد لم تفعل أكثر من أن تضيف أهمية تركيزية متميزة لعنصر ذى طبيعة قانونية هو "مكان التنفيذ". فحينما يتم تنفيذ العقد فى الخارج كلياً أو جزئياً يكون ثمة حركة خروج لكل أو بعض عناصر موضوع العملية العقدية، وهو ما يتحقق فى الفرض حيث تكون طبيعة العقد ذاتها تقتضى هذا الانتقال. ويتحقق ذلك بصورة واضحة فى كثير من العقود، مثل البيع والقرض والعمليات المصرفية. ولعله لهذا السبب قلنا إن أهمية كل

Goldman, note preitée, J. C. P. 1971, 2, 1, 16927.

(١)

Goldman, op. cit.

(٢)

عنصر قانوني من حيث فعاليته وتأثيره في إسباغ الصفة الدولية على العقد أمر نسبي يختلف من عقد لآخر. ولذلك فإن الصواب في جانب الفقه الذي قدر أن القضاء الذي اعتنق المعيار الاقتصادي لإضفاء الصفة الدولية على العقد قد كرس - من خلال هذا المعيار - مكانة عالية لمكان التنفيذ في العقد^(١).

ثالثاً: عند قيام الفقيه بالتحليل للوصول إلى أن المعيار الاقتصادي هو معيار مستغرق بالضرورة في عنصر قانوني هو مكان التنفيذ، فإنه يجب أن ينظر إلى موضوع العملية القانونية المطروحة في ذاتها ومن غير أن يذهب به خياله إلى حد مراعاة الأهداف البعيدة للعملية. والقول بغير ذلك يعنى إدخال عناصر جديدة على موضوع النزاع غير داخلة فيه وهو ما لا يجوز. وللإيضاح نسوق المثال التالي:

لو أن قرصاً مصرفياً تم في مصر بين فرعين تابعين لبنكين أجنبيين بالجنيه المصري مع توجيه مبلغ القرض في عمليات استثمار في داخل مصر، فإن هذا العقد المصرفي يُعد من غير شك عقداً داخلياً. ولقد حددنا وصف العقد في هذه الحالة بالنظر إليه في ذاته وبالنظر إلى موضوع العملية المتعلقة بها العقد. إلا أنه لا يصح أن يقال إن العملية تتعلق - وهذا هدف بعيد - بالتجارة الدولية على أساس أن مثل هذا القرض سيدير عائداً ويمكن لفرع البنك "المقرض" أن يحوله بعد ذلك إلى الخارج حيث يوجد المقر الأساسي للبنك الأم. فلو قلنا بذلك لكان معناه أن ننظر إلى الهدف البعيد من كل عملية تمت في مصر وهو أمر غير مباشر لا يتعلق بالمسألة المطروحة.

رابعاً: وما دام الحال كذلك، فإنه لا يصح بعدئذ أن يقال بأنه يجب الفصل أو التمييز بين المعيارين الاقتصادي والقانوني، ذلك أن لكل ميدانه، فالأول يتعلق بإعمال قواعد القانون الدولي الخاص المادي، بصفة خاصة في

J. Mestre. Note précitée. Rev. crit. 1981. P. 328 - 329.

(١) وأنظر أيضاً في الفقه المصري، الدكتور عزيز عبد المجيد، رسالة، المرجع السابق، فقرة ٣٦ ص ٣٦ - ٣٧.

الفرض حيث يتعلق الأمر بمعرفة مدى صحة شرط التحكيم المدرج فى العقود الدولية، بينما الثانى يعمل فى مسائل تتبازع القوانين بمعنى الكلمة^(١). فهذا التمييز لا محل له وأحكام القضاء الفرنسى لم تقل به.

فى ضوء ما تقدم ما هو الحل الذى نراه مناسباً للعمليات المصرفية الدولية؟.

إذا كان من المسلم به أن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولى يجب أن يراعى فيه أمران: طبيعة العقد ومحبّواه أو واقعه الاقتصادى، وإذا كان من توابع ذلك أن العنصر المنظور إليه بوصفه "الأداء المميز" فى العلاقة، يختلف من عقد إلى آخر، ومن ثم يختلف القانون الذى يرتبط بهذا العنصر من رابطة عقدية لأخرى، فإن المرحلة السابقة على تحديد هذا القانون الواجب التطبيق وهى مرحلة تكييف العلاقة يمكن أيضاً أن تعتمد على عناصر متباينة من عقد لأخر. ولعله من هذه الزاوية انطلق الحديث، عند الفقه، عن التمييز بين العنصر "المؤثر" والعنصر "غير المؤثر"، وعن صفة النسبية التى يتمتع بها عنصر من العناصر وتباينه من رابطة لأخرى.

وما دام الحال كذلك فإن بحثنا فى خصوص العمليات المصرفية الدولية يدور حول البحث عن العنصر أو العناصر الواجب توافرها "لتكييف" العملية المصرفية بأنها عملية ذات طبيعة دولية. ولبلوغ هذه الغاية يجب أن نقوم بعملية "تركيز" للعلاقة، تركيز يقصد "تكييف" العقد لا يقصد تحديد القانون الواجب التطبيق^(٢). هذا "التركيز" يجب أن ينطلق من اعتبارين: المحتوى أو الواقع الاقتصادى للعملية العقدية المطروحة، والعنصر القانونى فى العلاقة الذى يمكنه أن يجسد هذا المحتوى تجسداً تتحرك معه قواعد القانون الدولى الخاص لتنظيم المسألة.

(١) Jacquet (J. M.), principe d'autonomie et contrats internationaux, Economica. (١) 1983, op. cit., No 371; H Synvet, Note précitée, Rev. Crit, 1984, V. P. 609.

(٢) راجع فى ذلك، هولوبوفوييه ودولا براديل، القانون الدولى الخاص، ١٩٨٧، فقرة ١٣٧٣ - ١٣٧٤.

إذا أخذنا ما تقدم في الحسبان وقدرنا أن العملية المصرفية الدولية أياً كانت تقوم بصفة أساسية على اعتبارات مستمدة من موضوع العملية ومحتواها المادى والاقتصادى وانتقال رؤوس الأموال عبر الحدود، وأنها قد تثير مشكلة الوفاء الدولى وتسوية العلاقات المتولدة عنها عن طريق التحكيم التجارى الدولى، فإن العنصر الجوهرى الذى يجب أن نثق فى قدرته وفعاليتته على إضفاء الصفة الدولية على العقد هو عنصر مكان التنفيذ فى خصوص هذه العمليات. وإذا كان مكان التنفيذ فى الخارج أسبغت على العقد الصفة الدولية. وما دما نأخذ هنا بهذا المعيار فإن الحادث عندئذ هو وجود تأخى وتلازم بين المعيارين القانونى والاقتصادى^(١)، وهو تلازم يتحقق لا على أساس أننا من أنصار الجمع بينهما لإضفاء الصفة الدولية على العقد، وإنما هو تلازم يفرضه بالضرورة العنصر القانونى الذى نعتمده فى خصوص هذا العقد بالتحديد نظراً لما له من طبيعة إقتصادية ومحتوى مادى يتميز به. ويتحقق هذا المعيار دون شبهة سواء أكان العقد كله ينفذ فى الخارج أم جزء منه.

(١) قرب فى ذات الاتجاه Mayer، القانون الدولى الخاص، الطبعة الرابعة، فقرة ٦٩٦ ص ٤٣٧، وأقرأ أيضاً بعض أحكام القضاء الفرنسى التى تتطابق ووجهة نظرنا، حكم محكمة استئناف Douai الصادر فى ١٣ يولية ١٩٨٨، منشور فى clunet، ١٩٩٠، ص ٤٠٣، مع تعليق Jean Michel Jacquet وفيه أكدت المحكمة أن وجود تنفيذ العقد فى الخارج والمتمثل فى نقل رافعة "ونش" من هولندا إلى فرنسا كاف لإضفاء الصفة الدولية على العقد ولو كان العقد مبرماً فى هولندا بين أطراف وطنيين.

الباب الثاني القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية الدولية

تقديم وتقسيم:

رأينا أن العمليات المصرفية هي في غالبيتها عقود أضفى عليها العرف والعمل المصرفي خصائص ذاتية جعلها تعمل في نطاق المصارف وفق آليات محددة وعلى مقتضى "فنيات" فريدة. هذه العمليات، بوصفها عقوداً في جانبها الأعظم تطرح على بساط البحث مسألة تعيين القانون الواجب التطبيق عليها متى كانت لها صفة الدولية.

والواقع أنه لا مشكلة إذا اختار أطراف العملية المصرفية صراحة قانوناً للانطباق وتوافرت صلة بين هذا القانون والعقد بالمعنى الذي أوضحنا ملامحه. على أن الصعوبة قد تعرض في الفرض حيث تنتفى الإرادة المعلنة، أي عملية الاختيار الصريح.

والذي نود التركيز عليه من مبدأ الأمر هو أن الاتجاه السائد في الفقه يميل نحو تطبيق قانون المصرف القائم بالعملية، وهو اتجاه له في القضاء تطبيقات عديدة. وإذا كان ذلك هو الحل المعتمد في الفقه وعند غالبية أحكام القضاء المقارن فهل يمكن عبر قانون الإرادة تكريس هذا الحل وكيف السبيل؟ ومن ناحية أخرى، فإنه لما كانت غالبية العمليات المصرفية ليست وحسب مجرد عقود عادية يقتصر أثرها على العلاقة بين أطرافها وإنما هي عمليات لها وظيفة اقتصادية ومالية غاية في الأهمية داخل الدولة، فإنها تحظى بتنظيم أمر في كل دولة بما يجعل من القواعد الحاكمة لها صفة قوانين البوليس أو التطبيق المباشر والضروري. هذا التنظيم الأمر يتعايش مع منهجية التنازع ويتحقق الانسجام بين المنهجين إن أخضعا العمليات المصرفية لقانون واحد.

ولا شك أن قانون المصرف هو الأكثر تأهيلاً وملاءمة لحكم هذه العمليات. متى استعرضنا ذلك كان علينا أن نحدد أخيراً مدى ملاءمة المادة ١٩

مدنى لحكم العمليات المصرفية الدولية التى لها صفة العقد. ومن هذا المنظور المتقدم نقسم دراستنا فى هذا الباب إلى أربعة فصول: الأول نخصصه لنطاق تطبيق قانون البنك بوصفه قانون الإرادة، والثانى نكرسه لتطبيق قانون البنك بوصفه من قوانين البوليس. ثم نحدد فى الفصل الثالث المقصود بقانون البنك، وأخيراً نتولى بحث مدى ملاءمة المادة ١٩ مدنى مصرى لحكم العمليات المصرفية التى تتم بوصفها عقوداً أو تلك التى تنشأ بوصفها تصرفات ينشأ فيها الإلتزام بالإرادة المنفردة خاصة فى العمليات المصرفية الثلاثية الأطراف. وفى ذلك تفصيل نعرض له.

الفصل الأول انطباق قانون المصرف لحكم العمليات المصرفية

العمليات المصرفية فى غالبيتها إما عقود وإما عمليات ينشأ فيها الإلتزام بالإرادة المنفردة:

(١) فإذا تم تكيف العملية المصرفية على أنها "عقد" أياً كانت طبيعته وكان لها الصفة الدولية فإنها تخضع من غير شك لقانون الإرادة من حيث المبدأ (م ١/١٩ مدنى). ولا مشكلة فيما لو حدد أطراف العملية المصرفية صراحة القانون الذى يحكم علاقتهم. المشكلة تعرض فيما لو تخلف هذا التعيين الصريح. تعرض ذلك الأمر فى مبحث أول.

(٢) المسألة تحتاج ربما إلى تأمل أكبر فيما لو كان للعملية صفة الإلتزام الناشئ بالإرادة المنفردة وكان له صفة الدولية. عندئذ تتوالى الأسئلة: هل يخضع الإلتزام بالإرادة المنفردة لحكم المادة ١/١٩ ولماذا؟ وإذا لم يخضع لها فما هو الحل الواجب التطبيق وما هو أساسه القانونى؟ هذه المسألة نورد لها مبحثاً ثانياً خاصاً بها.

وفى مبحث ثالث نناقش منطق الحل الذى اعتمدها فى هذه الدراسة عندما قيدنا - بشأن العمليات المصرفية - من نطاق نص المادة ١/١٩ بالرجوع إلى المادة ٢٤ مدنى. تعرض لمدى سلامة هذا التأسيس الذى قلنا به.

المبحث الأول قانون الإرادة ومكانة قانون المصرف فى شأن عمليات المصارف ذات الطبيعة العقديّة

نميز بالنسبة لهذه العمليات بين فرضين: أن يكون اختيار القانون الأجنبى صريحاً، وحالة ما إذا كان الاختيار ضمنياً. وفى ذلك تفصيل نعرض له فى مطلبين:

المطلب الأول الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق

ذكرنا - غير مرة - أن العمليات المصرفية هي في غالبيتها بمثابة عقود، وأنه متى كان لهذه العقود الصفة الدولية كان في مقدور أطراف العلاقة أن يختاروا القانون الذي يمكن تطبيقه عليها. هذا الاتفاق قد يكون صريحاً، محددًا بطريقة واضحة لا تثير لبساً ولا تخضع لأي تفسير من قبل القاضى القائم على تحديد هذا القانون الواجب تطبيقه.

في هذا الفرض لا توجد ثمة أدنى مشكلة: اختار الأفراد قانوناً ليحكم عقدهم ذا الطبيعة الدولية وكان الاختيار واضحاً ولذلك يتعين على القاضى أن يُعْمِلَ اختيارهم. يستوى في ذلك أن يختار الأطراف قانون المصرف القائم بتنفيذ العملية أم قانوناً آخر غيره، متى توافرت فيه الأوصاف التى أوضحناها وأهمها أن تكون هناك رابطة - قوامها مصلحة حقيقية وجدية ومشروعة - بين العقد والقانون المختار.

وهكذا ينطبق قانون البنك بمقتضى قاعدة التنازع فى الفرض حيث يتفق البنك والعميل صراحة على إخضاع العملية المصرفية ذات الطبيعة الدولية المبرمة بينهما لقانون الدولة التى يوجد بها مقر البنك الذى يقوم بالعملية. فقانون البنك ينطبق فى هذا الفرض بمقتضى قانون الإرادة المتفق عليه صراحة (م ١٩ مدنى مصرى).

ويعد فى رأينا من قبيل هذا الاختيار الصريح الاختيار الذى يتحقق على أثر انضمام العميل الذى يبرم العملية المصرفية الدولية إلى "الشروط العامة" للبنك. فى بعض الدول^(١) مثل هولندا نجد أن الجمعية المهنية للمصارف تضع

(١) اقرأ الشروط العامة التى وضعها اتحاد المصارف الهولندى فى ١٦ يونية ١٩٦٤، واطرق فى تفاصيل ذلك، Gavald، فى Rep. Dalloz المرجع السابق، فقرة ٢٦. وتنص المادة ٢ من هذه الشروط على أن "العلاقات بين العميل والبنك تخضع للقانون الهولندى" وفى كافة العمليات المتولدة عن علاقات المصارف بعملائها، فإن البنوك =

"شروطاً عامة" مخصصة لتنظيم كافة علاقات المصارف بعملائها وذلك بإخضاع هذه العلاقة للقانون الوطني للمصرف الذي قام بالعملية. في مثل هذا الفرض، إذا أبرم العميل عقداً مع البنك، فإن العميل يقبوله لهذه الشروط العامة التي يضعها المصرف - ومنها الشرط الخاص بالقانون الواجب التطبيق - يكون بذلك قد رضى الخضوع لحكم القانون المحدد فيها. نعم في مثل هذا الفرض يستقل البنك بوضع الشروط العامة، لكن الذي لا شبهة فيه أنه متى قبل العميل الخضوع للشرائط التي يستقل البنك بوضعها وكان عالماً يقيناً بها ومنها تطبيق قانون المصرف فإننا نكون بصدد اختيار صريح لقانون البنك وليس اختياراً ضمناً^(١). فاشتراك العميل في وضع الشروط شيء وقبوله لها وانضمامه إليها شيء آخر. ومتى انضم إليها عالماً بها عارفاً بحكمها كان الاختيار صريحاً.

والملاحظ من الناحية العملية أن الكثرة الغالبة من العمليات المصرفية لا يتم فيها هذا الاتفاق الصريح على تطبيق قانون البنك أو حتى تطبيق قانون آخر غيره، إذ يندر أن يتفق الأفراد على ذلك صراحة^(٢). وتشجع العمليات المصرفية عن تضمن مثل هذا الاتفاق لجملة من الأسباب أبرزها:

(١) أنه في نطاق العمليات المصرفية الدولية بصفة خاصة تأتي عناية أطراف التعاقد بتحديد القانون الواجب التطبيق في مؤخرة اهتماماتهم وتشغل مكاناً قصياً في دائرة اتفاقاتهم. فالغالب أن يبرم هذه العقود نفر معين من الناس

تتصرف طبقاً للقواعد المهنية المعمول بها في البنوك الهولندية. وعند الشك يكون للبنك أن يقرر القاعدة التي تكون واجبة التطبيق (م٣). كما أن المنازعات بين العميل والبنك يختص بنظرها القاضى الهولندى المختص، اللهم إلا إذا فضل البنك، بوصفه مدعياً، الرجوع إلى القاضى الأجنبى المختص بالنسبة للعملية (م٤).

(١) في عكس ما نقول به Lousouarn et Bredin، المرجع السابق، فقرة ٦٥٦، ص ٧٣٢. حيث يتكلمان عن اختيار ضمنى. وأنظر أيضاً:

Stoufflet. clunet 1966, op. cit., N° 4, Kegel. rapport précité. P. 168 note (9).

Fouchard. article précité, R. J. C. N° special 1984, N° 10. P. 71: Lousouarn et Bredin. Op. Cit. N° 55, P. 32, Stoufflet, les conflits de lois en matière d'opérations de banque, rapport précité, Annales de la Faculté de Droit de Clermont Ferrand, Fasc 2, P. 207, Gavalda, Rep. Dalloz dr. int. V° Banque et Etablissement Financier op. cit., N° 25. (٢)

هم رجال الأعمال. وهؤلاء ليسوا من فقهاء القانون. إن جل اهتمامهم هو السرعة في إبرام الصفقات. والعديد من هذه الصفقات تتم عن طريق "التلكس" Telex أو الفاكس أو "الميل" أو عن طريق الهاتف. والأمر الجليل ذو الأهمية عندهم هو الوقت، وقليل ما يتصدون للمشاكل ذات الطبيعة القانونية^(١).

(٢) أضف إلى ذلك، فإن هناك بعضاً من العمليات المصرفية – أيا كانت طبيعتها – تتحقق ومن غير أن يتم إفراغها في محرر مكتوب مثبت للعمل القانوني: ويحدث ذلك في حالة قيام العميل بالعهد إلى أحد البنوك بورقة تجارية لتحصيل قيمتها لحسابه، والقيام بمجرد قيد المدفوع حسابياً في الحساب الجاري.

(٣) فوق ذلك فإن الغالب أن تتم العمليات المصرفية الدولية في مصر بين عميل مصري ومصرف مصري ولا يرون من ثم حاجة للبحث في مسألة القانون الذي يحكم عملياتهم قاصدين – والحال كذلك – العهدة بالمنازعات التي تنشأ عن عملياتهم تلك للقانون المصري^(٢)، ولا يتصور – عند صمتهم – أن يكون قصدهم قد اتجه إلى إعمال حكم قانون آخر بشأن هذه العمليات.

هذا، ويجرى القضاء الفرنسي على تطبيق قانون البنك في الفرض حيث يتفق الأطراف صراحة على ذلك^(٣). على أنه إذا اختار الأطراف قانوناً معيناً ليحكم علاقتهم المصرفية، فإن القضاء الفرنسي لا يعتد بهذا الاختيار إن عن اللقاضي أنه قانون غير ملائم لحكم العملية المصرفية موضوع النزاع^(٤).

Freymond, cours la Haye, 1970, op. cit., P. 9.

(١)

Fouchard, op. cit., N° 10 P. 71.

(٢) في هذا المعنى في فرنسا:

(٣) أنظر على سبيل المثال حكم محكمة السين التجارية الذي طبقت فيه قانون البنك بوصفه قانون الإرادة الصريحة، حكمها في ١٩٦٤/٦/٢٦ – مجلة البنك ١٩٦٤، فقرة ٢١٩ ص ٦٢٤ – ملاحظات Marin، وقد أبدت محكمة استئناف باريس الحكم المتقدم وذلك في ١٨ ديسمبر ١٩٦٥، مجلة البنك ١٩٦٦، رقم ٢٣٨ ص ٢٨٠ ملاحظات Marin.

(٤) محكمة السين المدنية، ٩ يولية ١٩٦٣، J. C. P. ١٩٦٣، ٢ – ١٣٤٣٤ مع تطبيق للأستاذ P. Level، وقرأ في تفاصيل هذا الحكم، القانون الذي يحكم عقد الوديعة المصرفية الدولية، ص ٢٤ وما بعدها من هذا المرجع.

المطلب الثاني الحكم حيث لا يكون الاختيار صريحاً

إذا لم يتفق الأطراف صراحة على تحديد القانون الواجب التطبيق، فلم يختاروا قانون البنك القائم بالعملية أو قانوناً آخر غيره، تعين تطبيق قانون المصرف. وهو تطبيق يتم إما حملاً على تفسير الإرادة الضمنية بأنها قد اختارت قانون هذا المكان وفق نظرية التركيز وهو ما يقول به البعض⁽¹⁾، وإما قولاً بخلق قاعدة إسناد مفادها العهدة لقانون البنك بحكم العمليات المصرفية في كل مرة يلوذ فيها الأطراف بالصمت غير متصددين لتحديد القانون الذي يحكم هذه العمليات ذات الطبيعة الدولية، وهو ما نراه صواباً. وسواء أتم الأخذ بهذا القول أم بذاك فإن النتيجة واحدة: تطبيق قانون البنك. وتطبيق هذا القانون يبرره في الواقع جملة من الأسانيد أبرزها وضوحاً ما يلعبه المصرف من دور بالغ الأهمية في العمليات المصرفية. فهو الذي يضطلع بالأداء الفذ أو الجوهري أو المميز فيها، كما أن هذه العمليات تدخل في صميم مهنته ويحترف القيام بها ويصوغ أساليب وابتكارات محددة لتنفيذها. هو صاحب اليد الطولى في العملية ومن هنا يتميز دوره عن دور العميل الآخر الذي يتعاقد معه.

ويتم تطبيق قانون المصرف القائم بالعملية بمقتضى قاعدة إسناد مزدوجة الجانب مضمونها: أن المبدأ هو أن العمليات المصرفية يحكمها قانون الدولة التي يوجد بها مقر البنك القائم بها وذلك متى لم يكن ثمة اتفاق على تطبيق قانون آخر بالمعنى الذي حددناه.

وربما ينجلي في الذهن هذا المعنى فيما لو عرضنا لمكاتبة قانون الإرادة في حكم العمليات المصرفية عند بعض أحكام القضاء، وهي دراسة سنوليها

(1) Gavalda, Rep. Dalloz dr. int., Op. Cit., N° 26, et 34 et s; Loussouarn et Bredin, op. cit., N° 656, P. 731 et S; Kegel les operations de Banque en droit international privé allemande, op. cit., PP. 177 - 182; Stoufflet, les conflits de lois en matière d'opérations de Banque, Annales de la faculté de droit de clermont Ferrand, Fasc 2, P. 206, V. PP 208 - 210.

تفصيلاً يليق بها في الباب الثالث من هذا البحث. ولشرح المعانى المتقدمة نعرض في فرعين: دور قانون المصرف في العمليات المصرفية الدولية (فرع أول) وإعمال قانون المصرف هو بمثابة قاعدة إسناد مزدوجة الجانب (فرع ثان).

الفرع الأول القضاء الفرنسى

ودور قانون المصرف في حكم العمليات المصرفية الدولية

الناظر في بعض أحكام القضاء الفرنسى المتعلقة بالعمليات المصرفية الدولية وأهمية قانون المصرف في هذا الشأن يمكنه أن يرصد الأحكام التالية بالنسبة لبعض العمليات:

أولاً: في خصوص عقد الوديعة المصرفية:

هناك حالات اتفق فيها الأطراف صراحة على تطبيق قانون معين في هذا الشأن ومع ذلك لم يعد القضاء بهذا الاختيار الصريح، رغم أن القانون المختار كان على صلة بالعملية المصرفية المطروح النزاع بشأنها. خذ على ذلك مثلاً ما سطرته محكمة السين الابتدائية المدنية في حكم لها في ٩ يولية ١٩٦٣^(١) بشأن عقد وديعة مصرفية ذى طبيعة دولية في قضية مدام "تكلا" ضد "الكريدى ليونيه". في هذه القضية - التى سنعرض تفاصيلها فيما بعد - عمدت المحكمة إلى إجراء عملية تركيز موضوعى للرابطة العقدية على الرغم من وجود اتفاق صريح على تطبيق القانون الفرنسى. ومن هذا المنظور ميزت المحكمة بين عقد الوكالة بشراء الصكوك والذى أبرم في مصر من ناحية، وعقد إيداع الصكوك ذاتها وهو ما ت في لندن وجوهانسبرج، فأخضعت الثانى - وهو ما يعيننا الآن - لقانون محل الإيداع. وبعبارة أخرى، فإن المحكمة قد أخضعت عقد إيداع الصكوك لقانون المصرف المودع لديه (وهما الفرع الموجود في لندن والفرع الموجود في جنوب أفريقيا) دون أن تلتفت إلى الاتفاق

J. C. P. 1963, II, 13434, Note level.

(١)

الصريح بشأن تطبيق القانون الفرنسي تقديراً منها أن في هذا المكان تتوافر اعتبارات قانونية واقتصادية تبرر تطبيق قانون المصرف المودع لديه.

إن هذا الحكم يبرز بوضوح أهمية تطبيق قانون المصرف المودع لديه بخصوص صورة من صور العمليات المصرفية الدولية تتمثل في عقد الوديعة. وتبرز هذه الأهمية في أن المحكمة قد عملت قانون المصرف صارفة النظر عن قانون الإرادة المختار لحكم هذه العملية. وقد عملت المحكمة ذلك الحل مقدره ما للمصرف المودع لديه من دور في العملية سواء من الناحية القانونية أم الاقتصادية.

ثانياً: في خصوص الحساب الجارى:

هناك حالات طبق فيها القضاء الفرنسي قانون المصرف على أنه قانون الإرادة الذى عينه الأطراف صراحة. من قبيل ذلك ما قالت به محكمة السين التجارية فى حكم لها فى ٢٦ يونية ١٩٦٤^(١) فى خصوص حساب جارى، بين شركة تابعة "الهاييتى" وفرع فى ولاية نيويورك تابع لبنك فرنسى. وقد طبقت المحكمة قانون ولاية نيويورك بوصفه قانون الإرادة المعين صراحة من قبل أطرافه. وقد تأيد هذا الحكم من محكمة استئناف باريس فى حكم لها فى ١٨ ديسمبر ١٩٦٥^(٢).

وإخضاع الحساب الجارى لقانون المصرف الذى حددته إرادة المتعاقدين، حل قال به القضاء السويسرى أيضاً^(٣).

- وعلى النقيض من الحالة المذكورة سلفاً نجد أن بعض أحكام القضاء الفرنسى^(٤) قد أخضعت الحساب الجارى لقانون المصرف المفتوح فيه هذا الحساب على الرغم من الاتفاق الصريح بين الأطراف على تطبيق قانون آخر.

Revue Banque, 1964. N° 219, P. 624, Obs. Marin. (١)

Revue Banque 1966, N° 238, P. 280 obs. Marin. (٢)

Tribunal Fed. Suisse, 26 Octo, 1937, clunet 1938, P. 908. (٣)

Paris, 29 Mars 1938, clunet 1938, P. 1017, obs. Tager. (٤)

ففي منازعة تتحصل وقانعهما في أن عدداً من الفروع التابعة للمصرف "الروسي" قلمت بفتح عدة حسابات جارية لدى المصرف الألماني الموجود في ألمانيا وهدد من الفروع التابعة له ومنها فرع في إنجلترا. وقد اتفق على إخضاع هذه الحسابات الجارية للقانون الألماني - قانون البنك الرئيسي - والشروط العامة فيه والمتعلقة بفتح الحساب (المادتان ٣٥٥ و ٣٥٧ من قانون التجارة الألماني). عرضت أمام محكمة استئناف باريس منازعة خاصة بالحساب الجاري المفتوح في الفرع الإنجليزي التابع للبنك الألماني. ولم تشأ المحكمة أن تطبق القانون الألماني، قانون الإرادة المختار صراحة، وإنما طبقت القانون الإنجليزي قانون الدولة التي بها الفرع المفتوح به الحساب الجاري قولا منها بأن هذا الحساب له ذاتيته الخاصة به واستقلاله الذي يجب معه إعمال قانون المصرف. وفي عبارة معادلة، فإن المحكمة قد قدرت الخصوصية الفنية للحساب الجاري بما يلزم معه تطبيق قانون المصرف، ولو كانت جملة الحسابات الجارية المفتوحة لدى مختلف الفروع التابعة للبنك الألماني تعمل وفق آلية واحدة ولم يكن في المقثور معرفة الدائن من المدين إلا عند القفل النهائي لمجموع هذه الحسابات، فما كان ثمة مشكلة في إعمال القانون الألماني على جملة الحسابات بوصفه قانون الإرادة الصريحة.

ثالثاً: وفي خصوص عقد القرض المصرفي:

تتباين الحلول عند القضاء وكلها تتم باسم قانون الإرادة. فمرة يطبق قانون المصرف بوصفه صاحب الأداء المميز، وأخرى يطبق قانون محل إبرام القرض، وثالثة يطبق قانون محل التنفيذ، ورابعة يطبق قانون محل وضع الأموال تحت تصرف المقرض أو محل استعمال الأموال المقترضة، وخامسة يطبق قانون محل الاسترداد^(١).

(١) أنظر في تفاصيل هذه الحلول وتقديرها، الدكتور محمد خالد عبد القادر الترجمان، النظام القانوني للقرض الدولية للتنمية في الدول العربية، رسالة دكتوراه (جامعة عين شمس - كلية الحقوق)، ١٩٨٨، ص ٣٤٦ وما بعدها. وأنظر في دور الإرادة الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد القرض المصرفي الدولي أمام القضاء الألماني قبل صدور القانون الجديد لسنة ١٩٨٦ مقال Kegel، السابق الإشارة إليه، ص ١٨٨ وما بعدها.

رابعاً: وفي خصوص الاعتمادات المستندية:

نلاحظ أن القضاء وإن كان يسير على تطبيق قانون البنك القائم بتنفيذ الإ اعتماد، إلا أنه كثيراً ما يقر بتطبيق قانون آخر أو أكثر حتى ولو كان الأطراف متفقين سلفاً على تطبيق قانون محدد. ويرجع ذلك إلى سبب بسيط هو أن الإ اعتمادات المستندية تطرح عدة روابط قانونية متعددة ولا يتصور إخضاعها جميعاً لقانون واحد هو قانون المصرف. والملحوظة ذاتها تعرض بالنسبة لتنازع القوانين بخصوص خطابات الضمان الدولية.

خامساً: في عقد فتح الحساب المصرفي الدولي:

نجد أن أحكام القضاء تسير وبصفة آلية على تطبيق قانون المصرف دون أن تبحث في قانون الإرادة. فهي تعمل هذا القانون نزولاً على حكم آليات العمل المصرفي وفنيته التي تحجب - من حيث المبدأ - تصور تطبيق قانون آخر غير قانون المصرف المفتوح فيه الحساب. والملحوظة نفسها شاهداها بخصوص فتح الحساب الجاري، وهما حسابان كثيراً ما يتداخلان.

والبادي من جملة هذا الأحكام القضائية بشأن عمليات مصرفية دولية مختلفة أن القضاء احترام قانون الإرادة - أي القانون الذي يختاره الأطراف - إذا كان الاختيار منصباً على تطبيق قانون المصرف. أما إذا اختار الأطراف قانوناً آخر غير قانون المصرف فإن القضاء عادة ما يعرض عن تطبيق هذا القانون ويعمل قانون البنك.

والواقع أن ما نراه نحن يختلف عن هذا التوجه. نحن نرى في القانون المصري ضرورة احترام الاختيار الصريح لإرادة الأفراد ولو اختاروا قانوناً آخر غير قانون المصرف القائم بالعملية. فبأن لم يكن هناك اختيار صريح وجب تطبيق قانون المصرف مباشرة بوصفه إعمالاً لقاعدة إسناد مزدوجة الجانب مفادها تطبيق قانون المصرف كما سنرى تفصيلاً.

هذه بعض أمثلة سوف تتجلى رؤيتها عند دراستنا التطبيقية للقانون الذى يحكم العمليات المصرفية الدولية. على أن الذى ينبغى أن يكون واضحاً فى الذهن منجلباً فيه من الآن أن العمليات المصرفية ليست مجرد عمليات عادية وبسيطة، يحتل فيها قانون الإرادة الدور الذى يشغله عادة بشأن العقود العادية. بل لا. نحن بصدد عقود لها وظيفة اقتصادية واجتماعية تخضع لتنظيم أمر فى كثير من جوانبها تقوم بها المصارف وفق آلية محددة وتعمل فى مناخ فنى فريد يجعل منها أداة لخدمة الاقتصاد القومى وعمليات التنمية الاقتصادية والاجتماعية فى الدولة. ومن هذا المنظور لا يكون منطقياً أن نسخط العقود المصرفية ونقل من دورها ونعهد لقانون الإرادة بذات الدور الذى له فى شأن العقود العادية.

ومتى انقذح فى الذهن هذا المعنى كان من توابعه عندنا نقيجتان هامتان:

أولهما: يجب الأخذ بقانون الإرادة متى تم الاختيار صراحة وكانت ثمة رابطة تربط العملية المصرفية بالقانون المختار بالمعنى المرن الذى حددناه. ويأخذ حكم الإرادة الصريحة الإرادة الضمنية المؤكدة أسوة بما فعلته بعض التشريعات^(١)، وهى إرادة تتحقق متى إتخذ الأطراف موقفاً لا يدع مجالاً

(١) أنظر من هذه التشريعات تشريع "الكيبك" الصادر فى ١٨ ديسمبر ١٩٩١ حيث تنص فيه المادة ٣١١١ على أنه:

"L'acte juridique, qu'il presente au non un élément d'étraneité est regi par la loi designée expressement dans l'acte ou dont la designation resulte d'une façon certaine des dispositions de cet acte".

أنظر فى التطبيق على هذا القانون مقال J. G.Castel. بعنوان: التعليق على بعض نصوص التفتين المبنى فى الكيبك المتطقة بالقانون الدولى الخاص، منشور فى clunet ١٩٩٢، ص ٦٢٥، أنظر بصفة خاصة، ص ٦٤٥.

وأنظر أيضاً المادة ١١٦ من القانون السويسرى الجديد الصادر فى ١٨ ديسمبر ١٩٨٧ التى تنص فى فقرتها الأولى على أن "العقد يحكمه القانون الذى يختاره الطرفان". ويجب أن يكون الاختيار صريحاً أو متولداً بصورة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف المنازعة (الفقرة الثانية). ويمكن أن يتم هذا الاختيار كما يمكن

لأدنى شك في التعبير عن اختيار قانون معين. وثانيهما، أنه متى لم تكن ثمة إرادة صريحة أو ضمنية مؤكدة، فإنه يمكن القول بأن هناك قاعدة إسناد مفادها تطبيق قانون المصرف القائم بالعملية، قاعدة مزدوجة الجانب يمكن للقاضي المصري أن يصوغها ويشيد دعائمها بالارتكان إلى نص المادة ٢٤ مدنى مصرى التى تخوله - بالرجوع إلى المبادئ العامة للقانون الدولى الخاص - خلق قاعدة إسناد ملائمة للمسألة المطروحة أمامه. وهى مادة شاء المشرع المصرى أن يودعها بين الأحكام المنظمة للقانون الدولى الخاص حتى لا ينطلق باب الاجتهاد أمام كل تطور يكشف عنه الواقع العملى. والمشرع حينما يصوغ قواعد الإسناد فهو لا يصوغها استجابة لهوى عنده وإنما من وحى فكرة جوهرية مفادها ربط العلاقة القانونية ذات الطابع الدولى بأكثر القوانين اتصالاً بها، بحسبان هذا القانون هو الأكثر ملاءمة لحكم المسألة المطروحة.

تعدليه فى أى وقت. وإذا وقع الاختيار فى تاريخ لاحق على إبرام العقد، كان له أثر = رجعى يرتد إلى وقت الإبرام مع عدم الإضرار بحقوق الغير حسنئ النية" (اقرأ نصوص هذا القانون بالفرنسية فى المجلة الانتقادية للقانون الدولى الخاص ١٩٨٨ ص ٤٠٩ وما بعدها. ومن الجدير الإشارة أن هذا الحكم المقرر فى القانون السويسرى الجديد منقول حرفياً عن المادة ١/٣ و ٢ من اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠. واقتضاء ان يكون الاختيار صريحاً أو متولداً بصورة مؤكدة أمر تطلبه القانون الألمانى الجديد لسنة ١٩٨٦ (م ١/٢٧) والقانون الإنجليزى الذى يتطلب أن يتم الاختيار "With reasonable certainty" واتفاقية لاهى المتعلقة ببيع المنقولات المادية فى ١٥ يونية ١٩٥٥ حيث يلزم أن يتولد الاختيار "resulter indubitablement des dispositions de contrat" واتفاقية لاهى فى ١٤ مارس ١٩٧٨ المتعلقة بعقود الوساطة حيث يلزم أن يتم الاختيار "avec une certitude raisonnable" واتفاقية لاهى الجديدة المتعلقة بالبيع فى ٢٢ ديسمبر ١٩٨٦ حيث يجب أن يتحقق هذا الاختيار وينتج "resulter clairement des termes du contrat et du comportement des parties. envisages dans leur ensemble"

راجع فى تفاصيل أخرى حول هذه المسألة مقال أستاذنا:

P. lagarde, le nouveau droit international privé des contrats après L'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 Juin 1980, Revue critique. 1991, P. 287 et ss. V. Précisément N° 23. P. 303 et 304.

وأن تكون الإرادة غير المعلنة مؤكدة أمر تطلبه قانون تشيكوسلوفاكيا لسنة ١٩٦٢ (٩م).

ونحن إذ نقول بتطبيق قانون المصرف متى لم يكن ثمة اختيار صريح وضمنى مؤكد، إنما نبني هذا الاختيار على جملة أسس قانونية وواقعية ومنطقية وعملية توجب هذا الإعمال وتفرضه كما سنرى.

الفرع الثاني

تطبيق قانون المصرف بوصفه قاعدة إسناد

احتياطية مكملة لقانون الإرادة المختار صراحة أو ضمناً بصورة مؤكدة

بدلاً من الاستغراق في البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف، وبدلاً من الجري وراء استنتاج العبارات والانحراف بها عن مقصودها حيناً أو تحميلها أكثر مما تحتمل أحياناً، وبدلاً من اللجوء إلى الحيل القانونية وفي مقبعتها تفويض القاضى في خلق قاعدة الإسناد الواجبة الأعمال تحت ستار الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف وبدلاً من بذل الجهد الجهيد لإقامة الحد الفاصل بين الإرادة المفترضة والإرادة الضمنية عند من يعرف ذلك من التشريعات^(١)، بدلاً من ذلك كله نرى أنه من الأفضل والأنسب من الوجهتين الواقعية والقانونية أن يقال: إذا لم يتفق الأطراف صراحة أو على نحو أكيد على تطبيق قانون معين ليحكم عملياتهم المصرفية ذات الطبيعة الدولية، فإن هناك من حيث المبدأ قاعدة إسناد نقول بتطبيق قانون البنك على العمليات التي تجريها هذه المؤسسة المصرفية^(٢). ويجب أن يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على ضوء النظر إلى حقائق واقعية واعتبارات موضوعية اقتصادية

(١) في الهجوم على ما يسمى بالإرادة المفترضة ومحاولة التمييز بينها وبين الإرادة الضمنية أنظر Kegel، التقرير السابق، ص ١٧٩.

(٢) V. en ce sens, Stoufflet, L'ouverture de credit Bancaire en droit international privé, clunet 1966, P. 582 et SS. N° 3. P. 583. et S.: les conflits de lois en matière de credits Bancaires, Trav. Com. Fr. Dr. int. Privé. 1966 - 1969. P. 91 ets. V. P. 95 ets: Gavalda Rep Dalloz dr. int. V°. Banque et etablissement Financier. Op. cit., N° 21 ets: Loussouarn et Bredin, Droit du commerce international, op. cit. P. 71: Mattout, droit Bancaire International, op. cit. N° 8. P. 46 ets.

وقانونية وليس بالنظر إلى قرانن يقوم الجمع بينها على التخمين والظن والاحتمال أكثر مما يقوم على الحقيقة والواقع المنسابين من طبيعة العملية المصرفية ذاتها ووظيفتها الاقتصادية والاجتماعية. والحال كذلك فإن العمليات المصرفية التي يقوم بها مصرف مصرى فى مصر تخضع للقانون المصرى. أكثر من ذلك، فإن كل عملية مصرفية تتم فى مصر من بنك مصرى أيا كان أو من فرع فى مصر تابع لبنك أجنبى أو من شركة وليدة تابعة لبنك أم موجود فى الخارج، تخضع كمبدأ عام للقانون المصرى.

هذا، وقاعدة الإسناد المصاغة على هذا النحو اشترك فى صنع مكوناتها جملة من الاعتبارات القانونية والاقتصادية والواقعية والفنية تكاتفت جميعاً لتجعل من قانون المصرف هذا أكثر القوانين اتصالاً بهذه العمليات. وهاكم بياناً لجملة هذه العوامل التى أسهمت فى صياغة هذه القاعدة:

أولاً: قانون البنك هو أكثر القوانين ملائمة:

مما لا شك فيه أن من بين الاعتبارات التى تدعو إلى تطبيق قانون البنك على العملية المصرفية كون هذا القانون هو أكثر القوانين ملائمة لحكمها. أكثر القوانين ملائمة من زاوية محددة: إننا لو طبقنا قانون المصرف فإن هذا التطبيق يكون داخل فى إطار توقعات الطرف الآخر من غير شك، على عكس الحال فيما لو قلنا بإخضاع المصرف لقانون آخر مختلف. والحال كذلك فإن إخضاع المتعاقد مع المصرف لقانون هذا الأخير يكون أقل وطأة وأخف أثراً عما لو قلنا بإخضاع المصرف لقانون دولة العميل. بعبارة أخرى، فإن تطبيق قانون المصرف يبدو أقل إزعاجاً بالنسبة لأطراف العملية المصرفية عما لو تصورنا تطبيق قانون آخر: قانون العميل مع البنك أو أى قانون آخر يكون على اتصال بالعملية المصرفية ذات الطبيعة الدولية. وهذا هو مقتضى المبدأ المعروف فى الفقه الألمانى *Le principe de la moindre perturbation*.^(١)

Kegel. Rapport précité. P. 182, aussi V. P. 188.

(١)

والذى نلتفت النظر إليه تعلقاً على هذا المبدأ أن تطبيق قانون المصرف بوصفه "أقل إزعاجاً" أمر لا يعنى البتة أنه هو القانون الذى يوفر حماية أكثر ورعاية أكبر للمصرف ولو على حساب الطرف الآخر الضعيف الذى هو العميل. أبداً. فقد يكون قانون المصرف، رغم أنه أكثر القوانين ملاءمة، أقل تحقياً لمصلحة البنك من أى قانون آخر، ومع ذلك يجب تطبيقه. فتطبيق قانون البنك يتم بصرف النظر عن درجة الحماية التى يحققها للمصرف ذاته، بل إنه قد يكون محققاً لمصلحة أكبر للعميل، كما أنه لا يجب النظر أبداً إلى المصرف على أنه الطرف القوى والعميل هو الطرف الضعيف. فهناك من العملاء - على المستوى الدولى - من يتمتعون بمراكز مالية قوية جداً وبحيث لا يقل مركز العميل، إن لم يزد، عن مركز المصرف ذاته دون أن يغير ذلك من كون قانون المصرف هو القانون الملائم والمناسب لحكم العملية.

ثانياً: قانون البنك هو قانون الوسط الإقتصادى والفنى الذى تنشأ أو تتم فيه العملية المصرفية:

الواقع من الأمر أن العمليات المصرفية التى يجريها مصرف فى مصر مثلاً إنما تتأثر بالواقع الإقتصادى والمالى فيها. فالبنوك تضطلع "بوظيفة هامة فى الإقتصاد القومى هى وظيفة توزيع الائتمان. فهى تتلقى الودائع النقدية من جمهور المدخرين بفائدة معينة وتستخدمها فى منح القروض للتجار والصناع وغيرهم بفائدة أعلى لتحقيق الربح بمقدار الفارق بين الفائدتين. وهى بذلك تعمل كوسيط بين المدخرين والمستثمرين أى بين المقرضين والمقترضين وبين عرض النقود وطلبها، فتزود المشروعات بالأموال اللازمة لإنشائها وتنميتها، وتحول المدخرات من رأس مال نقدي خامل إلى رأس مال نشيط منتج للربح، فتساعد بذلك على تمويل التجارة والصناعة وتنشيط الإقتصاد القومى"^(١). مقتضى ذلك أن العملية المصرفية تتركز سواء من الناحية الإقتصادية والمالية أم من الناحية الفنية والقانونية فى دولة المصرف الذى يقوم بالعملية.

(١) الدكتور مصطفى كمال طه، القانون التجارى، ١٩٨٨، فقرة ٥١٥ ص ٥٥.

والكلام عن قانون الوسط الذي تتم فيه العملية المصرفية وانتخاب قانون هذا الوسط ليحكم العملية محل المنازعة يذكرنا - مع ما بين الأمرين من فارق - برأى القائلين بأن القانون المحلى الذى يحكم الفعل المنشئ للالتزام هو قانون البيئة الاجتماعية أو الوسط الاجتماعى الذى حدثت فيه الواقعة القانونية التى ترتب عليها الالتزام غير العقدى.

وتطبيق قانون المصرف بوصفه قانون الوسط الاجتماعى، أو البيئة التى تم فيها العمل المصرفى أمر له ما يبرره. ففى هذا المكان غالباً ما يتم إبرام العقد وكثيراً ما يتم تنفيذه. فوق ذلك فهو قانون الدولة التى يوجد فيها الطرف الذى يقوم بالأداء المميز فى العملية وهو المصرف.

١- العملية المصرفية تتركز من الناحية الاقتصادية والمالية فى قانون المصرف القائم بالعملية:

نقرر بادئ ذى بدء أن التركيز الذى نتكلم عنه ههنا ليس هو التركيز الذى تكلم عنه الفقيه باتيفول بالمعنى الذى حددناه. فليس التركيز هنا وليد تفسير لإرادة الأطراف ولا هو عملية اختيار مقر للعقد على أساس أن العقد "لا يتحدد مقره بالنظر إليه فى ذاته، لأنه يقوم على التراضى، وهو حدث غير مادى، وإنما يمكن أن يتحدد مقره بالنظر إلى الأحداث الخارجية، كتبادل العبارات التى تم بها التراضى أو تحرير وثيقة ترضيه أو تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه"^(١). نحن نتكلم عن عملية تركيز تتحدد من خلال النظر إلى الوسط الإقتصادى والمالى والاجتماعى الذى يؤثر فى العملية المصرفية ويتأثر بها من حيث غايتها النهائية ودورها فى تنشيط الإقتصاد القوسى. تركيز فى بيئة معينة لا تركزاً لإرادة الأطراف. الأول يقوم على اعتبارات موضوعية وشواهد واقعية بينما الثانى يقوم على الصنعة والحيلة.

(١) Batiffol، تنازع القوانين فى مسائل النقود، المرجع السابق، فقرة ٤٢ ص ٣٦. وفى مصر الدكتور عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص، الجزء الثانى، الطبعة التاسعة، ص ٤٢٣.

فكرة التركيز الإقتصادي تلك صاغها بعض الفقهاء فأحسن صياغتها بقوله: "إن النشاط المصرفي مرتبط بشديد الارتباط بالوسط الإقتصادي الذي يُمارس فيه وبالأوضاع التي يعمل فيها السوق المحلي Le marché local للنقود والائتمان. إن القوانين والعادات المعمول بها في دولة من الدول تتصيح هي أيضاً بالأوضاع الإقتصادية لهذا المكان". كما يلاحظ فوق ذلك، أن هناك حداً أدنى من التوحيد في شروط العمليات المصرفية يكون ضرورياً ولازماً لحسن سير المؤسسات المصرفية. ولا شبهة في أن تطبيق قانون واحد، وهو قانون المصرف أمر من شأنه أن يسهم بقوة في تحقيق الوحدة في شروط هذه العمليات^(١).

ويترتب على ما نقول به ههنا بالنسبة لموقف كالذي يتبناه المشرع المصري أنه متى تخلفت الإرادة الصريحة أو الضمنية المؤكدة فإنه لم يعد مقبولاً الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف من خلال قرآن معينة مثل استخدام الأطراف لاصطلاحات معروفة في قانون معين أو تحرير العقد بلغة معينة أو غير ذلك. وإنما يتعين على القاضي المصري أن يطبق مباشرة قانون المصرف صاحب الأداء المميز كما سنرى تفصيلاً ونحن بصدد بحث الوضع في القانون المصري في ظل المادة ١٩ مدني. كما لا يكون من الملائم الكشف عن عملية التركيز عن طريق الاستناد إلى أمارات معينة خارجية عن تكوين العقد أو داخلية تتصل بعناصر تكوينه أو محاولة الترتيب بين هذه الإمارات عند من يعرف ذلك من التشريعات كالقانون الفرنسي في ظل نظرية التركيز عند باتيفول^(٢).

(١) Stoufflet, J. Cl. Banque et opération de Banque en droit international, op. cit.. (١) No 63.

(٢) في إمارات التركيز والترتيب بينها، Batiffol في تنازع القوانين في مسائل العقود، فقرة ١٧٤ وما بعدها ص ١٥٥ وما بعدها؛ لوسوارن وبريدان، قانون التجارة الدولية، المرجع السابق، فقرة ٥١٤ وما بعدها، ص ٥٩٦ وما بعدها.

إن ما نحن بصددده هنا هو عملية تركيز "جبرية" une localisation forcée للعقد – إن صح هذا التعبير أو جاز^(١). عملية تركيز يقوم بها القاضى رابطاً بين العقد وبين الواقع الإقتصادى والاجتماعى الذى يرتبط به، يتأثر به ويؤثر فيه بعيداً عن استخدام الحيلة والمجاز. الواقع الإقتصادى للعقد والظروف الخاصة به هى الفيصل فى تحديد القانون الواجب التطبيق دونما بحث عن إرادة الأطراف متى لم تكن صريحة أو ضمنية مؤكدة. هذا المعنى هو عين ما سطرته محكمة النقض الفرنسية فى حكم لها فى ٦ يولية ١٩٥٩ حين قالت^(٢):

"La loi applicable aux contrats en ce qui concerne leur formation, leurs conditions ou leurs effets, est celle que les parties ont adoptée; à défaut de déclaration express de leur part, il appartient aux juges du fond de rechercher, d'après l'économie de la convention et les circonstances de la cause, quelle est la lois qui doit régir les rapports des contractants.

La mise en demeure et la resolution pour inexécution relevant de la loi applicable au contrat"

فى عبارة محددة: التركيز الذى نعنيه هنا هو ذلك القائم على إسناد العقد أو التصرف إلى وسطه أو إلى البيئة التى يرتبط بها ويؤثر فيها ويتأثر بها. ففى حالات كثيرة لا تقتصر آثار العمل المصرفى على أطرافه وإنما تهم اقتصاد الدولة وسيادتها النقدية^(٣). ويكفى للباحث أن يلقى نظرة على عمليات الإيداع

(١) لوسوارن وبريدان، المرجع السابق، فقرة ٥١٥ ص ٤٤٩٩؛ هاشم محمد العربى، أبحاث حول القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية، رسالة، ١٩٧٣، سابق الإشارة إليه، فقرة ٢٧١ ص ٢٠٧.

(٢) المجلة الانتقادية للقانون الدولى الخاص، ١٩٥٩ ص ٧٠٨ وما بعدها مع تعليق للأستاذ Batiffol.

(٣) فى تفاصيل هذه العلاقات من الزاويتين الإقتصادية والنقدية أنظر تفصيلاً، الدكتور مصطفى رشدى شبيحة، الإقتصاد النقدى والمصرفى، الدار الجامعية، ١٩٨٥ ص ١٤٤ وما بعدها، ص ١٧٥ وما بعدها، وأيضاً هاشم محمد العربى، رسالة، المرجع السابق، فقرة ٢٧٥ وما بعدها، ص ٢٠٨ وما بعدها.

في الحساب الجارى ذى الطبيعة الدولية وخطابات الضمان الدولية والاعتمادات المستندية ودور كل منهم الهام والخطير في تنمية التجارة الخارجية وانعكاسات ذلك في نهاية المطاف على الإقتصاد القومى فى الدولة^(١).

إذن قانون الوسط الإقتصادى الذى يؤثر فى العقد هو قانون بينته التى يتركز فيها تركيز موضوعياً ويرتبط بها ارتباطاً عضويماً بما يبرر تطبيق هذا القانون. فكل عملية مصرفية تجرى على ضوء الممارسات العملية السائدة فى قانون المصرف وهى ممارسات ينفخ فيها الوسط الإقتصادى من روحه ويؤثر فيها. فمن العصى، فى الغالب الأعم من الأحوال، عزل العملية المصرفية عن وسطها الإقتصادى^(٢).

ب - الاعتبارات الفنية والقانونية التى تبرز فعالية الوسط الإقتصادى للعقد وتبرر تطبيق قانون المصرف:

الواقع من الأمر أن من يرصد آلية عمل المصارف والمناخ السائد والمراحل التى تتبع والإجراءات التى تتم من أول لحظة فى حياة العملية المصرفية المزمع إبرامها ولحين تنفيذها يمكنه بلا عناء أن يقف على جملة من العوامل الفنية والعملية والقانونية التى تجعل الباحث مطمئناً إلى تركيز العمليات المصرفية تركيزاً موضوعياً فى الدولة التى يوجد بها المصرف الطرف فى العملية، وهو تركيز يكون معه قانون دولة المصرف هو الواجب التطبيق.

فعادةً ما يبرم العقد فى مقر المصرف ذاته، وهو الطرف الرئيسى فى العقد. ويتم إبرام التصرف عندئذ بصورة طبيعية حيث يكون أول حدث فى حياة

(١) راجع فى هذه العمليات ودورها من الوجهة الإقتصادية، الدكتور مصطفى رشدى شيحة، المرجع السابق، ص ٢٢٧ وما بعدها، وقرأ عنده التحليل المتعلق بدور الجهاز المصرفى فى تكوين رأس المال، ص ٧٦ وما بعدها.

(٢) فى هذا المعنى، Gavalda، موسوعة القانون - تحت عنوان Banque et etablissement Financier، فقرة ٣٥، Stoufflet فى Banque et credit، Fasc 120، فقرة ٦٥، Fouchard فى R.J.C. عدد خاص ١٩٨٤، فقرة ١١، ص ٧١؛ لوسوران وبريدان، قانون التجارة الدولية، المرجع السابق، ص ٧٣٢.

العملية المصرفية، وله صفة الوجدانية. ولا يكون ثمة محل - عندئذ - للنعي عليه. بالقول أنه مكان تحدد بصفة عارضة أو أنه تم بطريقة مصطنعة^(١). معنى ذلك أنه يمكن النظر عندئذ إلى هذا المكان على أساس أن له دلالة تركيزية تترجم أهمية دور البنك في العملية المصرفية^(٢).

وفي معرض بياننا لمحتوى التركيز الموضوعي للعملية المصرفية في دولة المصرف صاحب الأداء المميز في العملية نصيف أن تنفيذ العملية المصرفية عادة ما يتم في دولة المصرف. فمن النادر أن لا تكون دولة المصرف هي مكان تنفيذ العملية المصرفية أو أحد الأماكن الرئيسية التي يتم فيها التنفيذ. وعند ذلك غالباً ما يتطابق قانون المصرف مع مكان التنفيذ للأداء الفذ أو المميز في العملية^(٣). ونحن نعلم أن المصرف في العمليات المصرفية الدولية هو الذي يقوم بالأداء المميز أو الجوهري. فإذا عرفنا أن الأصل - وهو أصل عليه استثناءات لا شك - أن المؤسسات الائتمانية تعمل بصفة عامة وبصورة مباشرة في داخل الدولة التي توجد فيها، وأنه إذا احتاج أحد عملائها إلى الحصول على خدمات أو أداءات في الخارج فإن هذه المصارف لا تدخل العميل في علاقة مباشرة مع البنك الأجنبي، فرعاً أو مراسلاً، فإن معنى ذلك أن المصرف التي يبرم العملية المصرفية غالباً ما ينفذها في نفس دولته^(٤). بمعنى أنه لا ينفذ العملية المصرفية الدولية - في حالات كثيرة وفي عمليات متعددة -

(١) Gavalda. Rep. Dalloz dr. int. Vo Banque et etablissement Financier. op. cit., (١) N° 36.

(٢) قارن في نفس الاتجاه، لوساران وبريدان، المرجع السابق ص ٧٣٢.

(٣) ومن المعلوم أن قانون دولة التنفيذ له أهمية بالغة ودور رئيسي في تحديد القانون الواجب التطبيق في ظل نظرية تركيز الإرادة التي يقول بها باتيفول. راجع في أهمية ذلك وتفصيله، باتيفول ولاجاراد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، الجزء الثاني، فقرة ٥٨١ ص ٢٧٢ وما بعدها؛ لوساران بوريل، الطبعة الثانية، فقرة ٣٧٧، Freymond، دروس لاهاي، المرجع السابق، ص ١٤.

(٤) أنظر في هذا المعنى، stoufflet، في J. Cl. Banque et credit, Fasc 120. تحت عنوان - البنك وعمليات البنوك في القانون الدولي، فقرة ٦٤، لوساران وبريدان، قانون التجارة الدولية، المرجع السابق، ص ٧٣٢.

مباشرة في الخارج. فإذا رسخت في الذهن هذه المعاني لكان معنى ذلك أن كان المصرف هذا يتميز بالثبات والاستقرار ويكون مكاناً معلوماً ومعروفاً للغير وللعميل الآخر المتعاقد مع المصرف بحيث يمكنهم الوقوف عليه بيسر وسهولة ويعولون من ثم على تطبيقه ويتفق وتوقعاتهم تماماً. خذ على ذلك، بالنسبة للغير، مثلاً الكفالة المصرفية. فإذا تدخل المصرف بوصفه كفيلاً في عقد بين عميل له وشخص من الغير فإن هذا الأخير لن يجد مفاجأة أبداً في أن يخضع عقد الكفالة - وهو عقد تابع - لقانون المصرف: المكان معروف ويمكن الرجوع إليه لمعرفة القواعد والأحكام التي يطبقها.

وإلى ضمنية ما تقدم، فإن ثمة اعتباراً آخر منطقياً يوجب إعمال قانون المصرف: فالعمليات المصرفية هي عمليات متكررة، وتتم بأسلوب موحد Standardisées، والكثير منها يخاطب عدداً هائلاً من العملاء غير قابل للحصر. ولا شك أن وحدة النظام القانوني الذي تخضع له هذه العمليات لا يعد وحسب عاملاً من عوامل الأمان القانوني، وإنما يكون أيضاً أداة من أدوات حسن الإدارة والإنتاجية^(١). وهكذا يبدو، من الناحية الفنية، أن ثمة عوامل جذب حث لقانون البنك سلطاناً من الصعب مقاومته ليحكم العمليات المصرفية.

علاوة على هذا، فإنه لا يخفى على الباحث أن المحتوى الإقتصادي لعمليات المصرفية وما لها من خصوصية تتميز بها أمر يضيف أصالة originale على كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العمليات^(٢). فالملحوظ، من ناحية أولى، أن هذه العمليات تتم في نطاق مؤسسي dans le cadre d'une entreprise. فللمصرف تنظيمه ونطاقه المحدد بدقة ووجوده الإقليمي الثابت والمستقر داخل الدولة. ومن ناحية ثانية، فإن لهذه العمليات خصوصية فنية بارزة particularisme technique accentué، يصعب معها في بعض الحالات تصنيف جانب منها داخل نظام قانوني معين من الأنظمة

(١) Fouchard, op. cit., No 11, P 71, Mattout, op. cit., No 11, P. 52.

(٢) Stoufflet, les conflits de lois en matière d'operations de Banque, rapport précité, P. 207:

المعروفة في داخل الدولة. من هذا المنظور تبدو الجاذبية الخاصة التي يتمتع بها قانون المصرف ليجد قبولا حسناً يؤهله لحكم العلاقات المصرفية الدولية^(١). أيضاً، وكدليل مضاف، يمكن للباحث أن يقرر أن الأسلوب الذي تتم به عمليات المصارف هو أسلوب له صبغة فنية تنظم موضوعاً فنياً له خصوصيته، ويبدو ذلك في أن أسلوب هذه العمليات يصل، في كثير من الأحيان إلى تنظيم التفصيلات وعدم الاكتفاء بالأصول. ويجرى أسلوب العمل المصرفي على استخدام ألفاظ ومصطلحات استقرت في العمل لها معان معينة قد لا تتفق مع معناها اللغوي، وهو ما يبدو بصفة خاصة في عمليات النقد والاعتمادات. وإذا أدركنا - كما يقرر فقه القانون التجاري الداخلي^(٢) - أن خصائص القانون المصرفي هي بذاتها خصائص الأسلوب الذي تتم به عمليات البنوك، فإن معنى ذلك ببساطة أن النموذجية في أداء العمل المصرفي لا تتأتى إلا بتطبيق قانون المصرف القائم بالعملية. بل إن هذه الصفة الفنية يمكن أن تعني ببساطة أن المصرف في قيامه بالعمليات المصرفية إنما يتوجه جل قصده إلى إعمال أحكام قانونه. والعميل المتعامل مع المصرف حين يتوجه إلى مصرف معين في دولة معينة ألا يكون في مسلكه هذا رغبة - من بين رغباته المتعددة - في الخضوع لأحكام قانون هذا المصرف؟.

ولعل هذه الرغبة التي تكون عند المصرف ذاته وتلك التي تكون عند العميل هي التي تلقفها الفقه التقليدي وراح يقلبها على وجهها ليخلص منها إلى أن تطبيق قانون المصرف هو إعمال لقانون الإرادة الضمنية^(٣). نحن لا نشك أبداً في أن قانون المصرف هو الذي يحكم العمليات المصرفية، ولا نشك في أن من بين أسس أعمال هذا القانون إرادة الأطراف الضمنية التي يمكن تحليلها في هذا الاتجاه على أنها إرادة ضمنية مؤكدة. كل ما هنالك أننا نولى هذه الحجة

Gavalda. op. cit.. No 27.

(١)

(٢) الدكتور على جمال الدين عوض، عمليات البنوك، المرجع السابق، فقرة ١٢ ص ٢٢.

Gavalda. Rép. Dalloz dr. int, Vo Banque et établissement. Financier. op. cit., (٣)

No 35.

قيمة الدليل المضاف ونجعل الصدارة فى التحليل لاعتبارات أخرى أبرزها الاعتبارات الإقتصادية والمالية وفكرة الأداء المميز من المصرف وبحيث يمكن للباحث أن يصوغ فى شأن عمليات المصارف ذات الطبيعة الدولية قاعدة تنازع مفادها: فى كل مرة يتخلف فيها اختيار الأفراد الصريح أو المؤكد لتطبيق قانون معين على العمليات البنكية فإن القانون الواجب التطبيق يكون هو قانون المصرف (بنك رئيسى أو فرع أو شركة وليدة أو مراسل أو وكيل)^(١). وتكون تلك بمثابة قاعدة إسناد مزدوجة الجانب يُسند أعمالها فى القانون المصرى لنص المادة ٢٤ مدنى. ونكون عندئذ أمام قاعدة إسناد قائمة على فكرة التركيز الموضوعى للعملية ذاتها شأنها مثلاً شأن القاعدة القائلة بإخضاع العقود الواردة على عقار، وأياً كانت طبيعتها، لقانون موقع هذا المال. واعتبارات التركيز الموضوعية بشأن هذا العقد الأخير هى بذاتها التى دفعت كثيراً من المشرعين ومعهم المشرع المصرى إلى تقنين حكم هذه المسألة صراحة.

ويمكن أن نضيف أيضاً مبرراً فنياً لإعمال قانون المصرف. هذا المبرر الفنى هو ما يعبر عنه بالألية القانونية. "ومعناها أن العميل وموظفى البنك يستخدمون أساليب دون أن يكون لديهم إمام كاف بتفصيلاتها، فهم يستهدفون نتيجة معينة ويستخدمون أسلوباً يعلمون أنه يحققها، ولكنهم يجهلون غالباً لماذا وكيف تتحقق النتيجة والأثار الكاملة لهذا الأسلوب، وهى أثار تترتب بشكل حتمى وتلقائى ولو كانت تتجاوز المقصود والمعروف لأطرافها. وهذه الطريقة تحقق لأصحاب الشأن البساطة وابتاتالى سرعة التعامل إذ لا يحتاجون إلى المناقشة بمناسبة كل عملية. كما أن لهذه الأساليب معانى وأفكاراً مستقرة فى القضاء وفى العمل، بحيث أن المنازعات بشأنها تقل عما كان يحدث لو أن كل عملية كانت محل مناقشة كاملة، كما أن ذلك يتفادى الإدعاءات المرتكنة

(١) من هذا رأى، Fouchard، المرجع السابق، ص ٧١.

على تفسير الإرادة للبحث عن المقصود حقيقة في كل حالة على حدة^(١). ولعل كل معنى ينضح من بين ثنايا هذه الآلية القانونية يبرز في جلاء دور "السلطان" الفنى لقانون المصرف وأهميته لتحقيق مصالح البنك ومصالح العملاء في نفس الوقت.

ويلتحم بالاعتبارات المتقدمة اعتبار آخر يقويها ويعضد منها: العمليات المصرفية هي عمليات متجانسة المضمون، بمعنى أن الشروط اللازمة للحصول على قرض أو فتح حساب أو الحصول على انتمان لا تختلف من شخص لآخر. هي عقود تتم بشكل موحد نمطى أو نمونجى. والمعلوم أن البنك هو الذى يحدد شروط كل عملية من هذه العمليات، سواء أحدها بمحض إرادته المنفردة وقبلها الطرف الآخر، أم حددها تنفيذاً لاتفاقات مهنية en execution d'accords professionnels. والبنك حين يحدد هذه الشروط إنما يرجع بطبيعة الحال إلى القانون والأعراف والعادات المطبقة أو السائدة فى المكان الذى يوجد فيه ويمارس نشاطه. وإذا أردنا أن نبلور هذه المعانى لقلنا: إن البنك فى العقود المصرفية هو صاحب اليد الطولى وله الهيمنة التى تمكنه من تحديد شروطها، ومن ثم لزم تطبيق قانون هذا البنك. وينطبق هذا القانون لا باعتبار العقد المصرفى عقد إذعان يحكمه قانون الموجب (المصرف) كما يرى البعض^(٢)، لا، بل إن هذا القانون ينطبق حتى ولو لم تنطبق على العمل المصرفى صفة الإذعان هذه، إذ من الراجح أن ليست كل العقود البنكية تعد من عقود الإذعان^(٣). إن قانون المصرف ينطبق بحسب طبيعة الأشياء، وما

(١) الدكتور على جمال الدين عوض، عمليات البنوك ...، المرجع السابق، فقرة ١٢ ص ٢٣.

(٢) Stoufflet, J. cl. Banque et credit, Fasc 120, Vo Banque et opérations de Banque en droit international, op. cit., No 62; Gavalda, Rep. Dalloz dr. int. No 36; Freymond, cours la Haye 1970, op. cit., P. 10.

(٣) الدكتور على جمال الدين عوض، عمليات البنوك ... المرجع السابق، ص ٢٦، هامش (٣٤) من ذات الصفحة حيث يرى ضرورة النظر فى كل عقد وكل حالة على حدة .. وأنظر فى فرنسا Jousouarn et Bredin، المرجع السابق، فقرة ٦٥٧، ص ٣٢٢.

له من وضع إقتصادي يعطيه مركزاً متميزاً دون تصف (١).

ونبادر بالقول: إن كون المصرف صاحب هيمنة وسلطان في العمليات المصرفية بحسبان ما له من وضع إقتصادي، أمر لا يعنى أبداً أن من اليقيني في كل الأحوال أن قانون المصرف ينطبق لأنه الأفضل والأكثر حماية لمصلحة البنك. فكثيراً ما تم التحدى من قبل العملاء بإمكانات البنوك وقدراتها الفنية العالية لإثارة مسؤوليتها وأجابهها القضاء إلى ذلك (٢). ولذلك نجد مثلاً في خصوص مسؤولية البنك تجاه الغير أن القضاء يتشدد في معاملته، وذلك بالنظر إلى الإمكانيات الضخمة وخطورة الوظيفة التي يتولاها في الإقتصاد القومي، ولثقة التي ينظر بها الجمهور إلى البنوك، وتجعله يطمئن إلى سلامة سلوكها وصدق ما يصدر عنها (٣).

(١) في تحديد معنى عقد الإذعان وفي تطبيقات متعددة له، العلامة عبد الرزاق السنهوري، الجزء الأول في مصادر الالتزام (دار التراث العربي بيروت) فقرة ١١٦ وما بعدها ص ٢٩٩ وما بعدها.

(٢) جافدا، موسوعة القانون الدولي، المرجع السابق، فقرة ٣٦.

(٣) الدكتور علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص ٢٨ وأقرأ له في الفقرة رقم ١٠٢٦ ص ١٢١٨، ما كتبه من أن "التزامات البنك - وهي المرجع في تقدير مسؤوليته التعاقدية - تنشأ من العقد في شروطه الصريحة والضمنية وتكملها العادات المصرفية الصحيحة والنافذة على الطرفين، مع مراعاة أن البنك تاجر محترف ومنحصر، ومعناه أنه ينتظر منه أكثر مما يتوقع من فرد عادي ولو كان حريصاً، من البنك مهياً ومُعد لخدمة أعلى وأكثر دقة وتميزاً بما لديه من إمكانيات مادية وبشرية، وهذا المستوى يقدره القضاء بالنظر إلى ظروف الحال وما يقدمه بنك من نفس التخصص والإمكانيات. كما يراعى القضاء هذه الاعتبارات عند نظره في المسؤولية التفصيلية للبنك إضافة إلى خطورة وظيفة البنوك في المجتمع الحديث".

وأقرأ حكماً لمحكمة النقض المصرية بمناسبة وفاة شريك عليه توقيع مزور مسوب إلى السحب دون أن يثبت خطأ على العميل صاحب الحساب تسبب في وقوع التزوير ولا خطأ على البنك في عدم كشف التزوير حيث أكدت أن ذمة البنك لا تبرأ بل تقع عليه تبعاً لهذا الوفاء أيا كانت درجة اتقان التزوير، وأن ذلك يعد من مخاطر المهنة التي يمارسها البنك وهي مخاطر مهما بلغت أعباؤها لا تتناسب البتة مع المزايا التي تعود على البنوك من تدعيم الثقة بها وبت الأطمئنان لدى جمهور المتعاملين". نقض ١١ يناير ١٩٦٦ - مجموعة النقض ١٧ ص ٩٤، وانظر أيضاً نقض ١٩ يناير ١٩٦٧ - مجموعة النقض ١٨ ص ١٩٦٣. وأقرأ في تحليل هذه الأحكام والتعليق عليها مؤلف الدكتور علي جمال الدين، عمليات البنوك، المرجع السابق فقرة ١٢٢ ص ١٤٩ وما بعدها.

ويسجل الواقع العملى جاذبية لا تقاوم يمارسها قانون المصرف على العمليات التى يجريها هذا الأخير. إذ جرى العمل فى علاقات المصرف بعملائه ومراسليه على أن يقوم البنك، عند إبرام عملية مصرفية معينة، بفتح حساب جارى تسجل فيه حركة المدفوع والمقبوض ذهاباً وإياباً وبحيث يذوب كل مفرد يدخل الحساب فى مجموع العمليات التى تسجل فيه. ولا يمكن معرفة الدائن أو المدين إلا عند القفل النهائى للحساب. والحساب الجارى هذا المفتوح لدى المصرف إنما يتم فتحه وعمله وفق القواعد والعادات والإدارة المحاسبية المعمول بها فى قانون المصرف. ولا شك أن عمل الحساب وفقاً لقانون المصرف الذى يتم فيه فتح هذا الحساب الجارى يعد عاملاً من عوامل التركيز الإضافية فى الدولة التى يتم فيها تسجيل هذه العمليات وتحقيقتها^(١).

فإذا سلمنا بأن العمليات المصرفية تمثل للقواعد المحاسبية والإدارية المعمول بها فى قانون المصرف، وإذا بدا سليماً تحت ناظرنا أن المصارف فى ممارستها لعملها إنما تخضع للقوانين والعادات السائدة فى قانون دولة المصرف، فإن الذى يبدو لنا غير مقبول ولا مستساغ من بعد ذلك أن يقال بإخضاع العمليات المصرفية الدولية لقانون آخر أجنبى، قانون جنسية العميل أو قانون موطنه، أو حتى المزج بين قانون المصرف وقانون آخر أجنبى^(٢). وتبدو عندى قيمة هذه الحجة ويتضح ثقلها أولاً إن أدركنا أن عدداً لا بأس به من العمليات المصرفية يتم شفاهة، وفى هذا النوع من العقود عادة ما يرجع المصرف إلى الممارسات العملية والعادات المحلية السائدة فى دولته^(٣). كما تبرز أهمية هذه الحجة ثانياً، ومن ثم أهمية تطبيق قانون المصرف إذا أخذنا فى الحسبان تفسير العمليات المصرفية وأهمية القانون المصرفى: فمن المسلم أن

(١) V. en ce sens, Gavalda, op. cit., No 36; Fouchard op. cit., No 11, P. 72; Mattout, op. cit., No 11, P. 52, stoufflet, J. cl., Banque et credit, Fasc. 120, op. cit. N° 77 ets.

(٢) فى نفس المعنى، Gavalda، المرجع السابق، فقرة ٣٦.

(٣) V. en meme sens, Mattout, Droit Bancaire international, op. cit., No 11, P. 52.

تفسير العمليات المصرفية يخضع "للقواعد العامة المتبعة في تفسير الأعمال القانونية، لكن مع مراعاة ظروف إبرام هذه العمليات والأهداف الاقتصادية المقصودة فيها، وهو ما يؤدي في كثير من الأحيان إلى جعل عملية التفسير هنا أشق من تفسير العقود المدنية. وتفصيل ذلك أن إرادة الطرفين قد لا تتفق مع الأسلوب أو الإطار الذي اتخذته الطرفان للوصول إلى هدفهما من العملية، فيكون ثمة محل للموافقة بين الأثر الذي اتجهت إليه الإرادة والأثر الذي ينتهي إليه الأسلوب الذي أفرغت فيه الإرادة، وهو أثر قد يفرضه الأسلوب المتخذ وإن كان أحد الطرفين لم يكن يريد. ولهذا ... (فان) القضاء كثيراً ما يستعين بالعادة المصرفية وظروف إبرام العقد والهدف الإقتصادي الذي يستهدفه الطرفان للوصول للتكييف الصحيح للعمل، وبالتالي إلى تحديد آثاره طبقاً للقاعدة القانونية التي يجب أن تحكمه"^(١). واضح من ذلك دون شبهة توالى قوة الاعتبار التي تبرر تطبيق قانون المصرف القائم بالعملية ذات الطبيعة الدولية.

ويضاف إلى ما تقدم أيضاً أن الأسلوب الذي يتبعه المصرف يكون صحوباً دائماً بشكلية تتمثل في المحررات التي يطبعها ويفرغ فيها علاقة طرفين، ومن هنا كان "الجزء الأكبر من مضمون العقود المصرفية يتحدد بعبارة هذه المطبوعات (وتكملها العادات المصرفية). هذه الشكلية يزيد منها أن عمليات كثيرة لها شكلية خاصة ولها آثار خاصة، ومن ذلك التعامل في الأوراق التجارية وكيفية مسك الحسابات إلى غير ذلك"^(٢). وينساب من بين ثنايا هذا الكلام معنى مفاده أن أدلة الإثبات المتعلقة بكل عملية مصرفية إنما تتركز في مكاتب المصرف القائم بالعملية. ناهيك عن أن في هذا المكان أيضاً توجد سائر الأعمال المحاسبية المتعلقة بحساب المخاطر وغير ذلك مما يؤثر على عمل

(١) الدكتور على جمال الدين عوض، عمليات البنوك ...، المرجع السابق، فقرة ١٤،

ص ٢٩.

(٢) الدكتور على جمال الدين عوض، عمليات البنوك ...، فقرة ١٢ ص ٢٣.

البنك ويوجه نشاطه^(١).

وإلى ما تقدم ينضاف كذلك أن العمليات المصرفية تندرج، بالنسبة للبنك، في عداد ما يعرف بالعقود المتماثلة التي يجريها البنك يومياً مع عديد من العملاء وتخضع لذات القانون ونفس العادات المحلية^(٢). وفي عبارة أخرى مساوية فإن البنك عادة ما يضع نماذج لمجموعة العقود المصرفية معدة سلفاً يضمنها الشروط الخاصة بكل عملية، إنه لا يصوغ بنود كل عملية مصرفية واحدة واحدة وبالنظر إلى كل عميل على حدة. ومن هنا يقال بأن العقود المصرفية هي من قبيل العقود المعدة للكافة^(٣) Les contrats dits de mass مثلها مثل عقود النقل والتأمين. ومثل هذه العقود يلزم إخضاعها لتنظيم قانوني واحد تحقيقاً للتسوية في المعاملة بين سائر عملاء المصرف الواحد، وهو أمر له أهميته من حيث أنه يحقق الانسجام بين المسائل المتماثلة. ومن هنا كان مستحباً العهدة بالتنظيم القانوني الموحد لقانون المصرف ليحكم العمليات المصرفية ذات الطبيعة الدولية. وإذا جاورنا ههنا بين مركز البنك ومركز العميل ونبشنا عن هو أولى بأن نرصد له تنظيماً قانونياً واحداً لعنّ لنا على الفور أن العمليات المصرفية - كما رأينا - هي عمليات متماثلة يتم إبرامها بصفة يومية مع جمهور من العملاء، في حين أنها بالنسبة للعميل الواحد لا تعدو أن تكون تصرفاً قانونياً منعزلاً un acte plus ou moins isolé^(٤). ومتى

(١) V. en ce sens, Gavalda, op. cit., No 36; Mattout, op. cit., P. 52; Loussouarn et Bredin, op. cit., P. 732.

(٢) Stoufflet, J. cl. Banque et credit, Fasc. 120, op. cit., N° 63; Loussouarn et Bredin, op. cit. No 656, P. 732, Nattout, op. cit., No 11, P. 52.

(٣) Batiiffol et Lagarde, T. 2 op. cit., Np 593 - 3, P. 309; Jean François Aubert, Les contrats internationaux dans la doctrine de la jurisprudence suisses. rev. crit., 1962, P. 19 etss., V. précisément, P. 33 et les reference citées; Gavalda, op. cit., No 37; Kegal, les opérations de Banque en droit international privé allemande, op. cit., P. 183 et la note (25)

(٤) Gavalda Rep. Dalloz dr. int., op. cit., No 36, stoufflet, Ann. Faculté de droit de Clermont Ferrand, 1965, op. cit. P. 207; les conflits de lois en matière de credits bancaires, trav. Com. Fr. Dr. int. pr., 1966 - 1969, op. cit., P. 91, Freymond, cours la Haye, op. cit., P. 10.

اتضح وحه المفارقة بينهما أمكن للباحث أن يستخلص، وهو مطمئن، أن الذى يمكن أن يكون له أثر فى تحديد النظام القانونى للعمليات المصرفية ليس هو العمل المنعزل أو المنفرد الذى يجريه العميل وإنما هو جملة العمليات المتماثلة التى تتم يومياً والتي يجريها المصرف. ولا شبهة عندى فى أن هذا التنظيم الموحد يفيض من قانون المصرف الذى يقوم بالعملية.

على ضوء ما تقدم يمكن للمرء، وهو مطمئن، أن يقرر النتيجة الآتية: ينطبق قانون المصرف أو غيره بمقتضى قانون الإرادة الصريحة أو الضمنية المؤكدة، وعند تخلف قانون الإرادة الصريحة أو الضمنية المؤكدة هذا، يجب من حيث المبدأ تطبيق قانون المصرف نزولاً على أن هناك قاعدة اسناد مزدوجة الجانب تقضى بذلك بحسبان أن قانون المصرف هو أكثر القوانين اتصالاً بالعلاقة من وحي أنه صاحب الأداء المميز فى العملية. وهذا الحل تقضى به غالبية التشريعات وتقول به كثير من الاتفاقات الدولية وله تطبيقات عديدة فى القضاء المقارن ويمكن الأخذ به فى مصر من الوجهة التشريعية.

ولعل هذه المعانى متألفة هى التى جمعت الفقه المعتمد فى القانون المقارن على تطبيق قانون البنك على العمليات المصرفية.^(١)

(١) Hamel, les Formes internationales des credits bancaires, Rec. des cours de droit international de la Haye, 1939, 1205. Arminjon, précis de droit international privé commercial, Paris 1984, 398 ets; Stoufflet, L'ouverture de credit bancaire en droit int. Privé, clunet 1966, P 511; les conflits de lois en matière de credits bancaires Travaux du comité Français de droit international privé, 1966 - 1969, 91; Banque et opérations de banque en droit int. J. cl. fasc. 170, les conflits de lois en matière d'opérations de Banque et credit, banque, rapport aux journées, d'études de droit bancaire, Annales de la faculté Clermont -Ferrand, Fasc. 2, P. 206 ets; Loussouarn et Bredin Droit du commerce international, No 655, ets. Gavalda, Banque et Etablissements Financiers in rep. Dalloz. Dr. int; Freymond, Questions de droit Bancaire international, Cours la Haye, 1970, P. 1. ets; Van Hecke, credits bancaires internationaux et conflits de lois EPCI, 1977, 497; Fouchard, la loi Français

ثالثاً: البنك القائم بالعملية هو صاحب الأداء المميز:

إن تحديد المقصود بالأداء المميز في التصرفات القانونية أمر لا يمكن أن نضع له تعريفاً جامعاً مانعاً أو أن نصوغ له قاعدة تجمع سماته. لا يمكن ذلك. وإنما الأمر يعتمد على تحليل للعقود أو طوائف العقود للوقوف على الأداء المعتبر فيها أداء مميزاً ثم نبحث عن صاحب هذا الأداء فنعمل قانون موطنه أو محل إقامته. وهذا الحل - كما سنرى - لمسئلة القضاء في مناسبات عديدة وأخذت به صراحة كثير من التشريعات الحديثة كالسويسرى والألماني. وقالت به اتفاقية روما الخاصة بالعقود الدولية لسنة ١٩٨٠.

هذا، وقد أكدنا أن العملية المصرفية تتأثر بالواقع الاقتصادي الذي تتم فيه وينطبع على محياتها التنظيم الأمر الاقتصادي والنقدي الذي تفرضه السلطات العامة في هذه الدولة. وعلى ذلك فإن العملية المصرفية تتأثر بهذا الوسط. ففي هذا المكان يوجد الطرف الأساسي في العملية والذي يقع على عاتقه القيام بهذا الأداء المميز بحكم الوظيفة التي يقوم بها والمهنة التي يحترفها. وفي عبارة أخرى، يجب التعويل على المهنة التي يقوم بها المصرف بوصفها عنصراً حاسماً في البحث عن الأداء المميز في العملية. وفوق ذلك، فإنه قد يحدث أن تتم العمليات المصرفية بين مصارف، وفي هذه الحالة يتعين على الباحث أن يقوم بعملية تحليلية لموضوع العقد حتى يمكنه الوقوف على الطرف الذي يقع على عاتقه القيام بهذا الأداء المميز. هاتان المسألتان تستحقان أن نبسّط لكل منهما معالجة خاصة.

=et les operations bancaires liées a l'activité intranationale. Rev. Jur. Com. No. Special Fevrier 1984, P. 68 ets; Batiffol, credits et conflits de lois in Etudes offerts à Roger Houin, Ed. Dalloz-Sirey 1985, P. 233; Mattout, Droit Bancaire international, P. 45 ets; Hachem Mohamed Iarbi, recherches sur la loi applicable aux operations internationales de Banque. thèse. 1973. Op. Cit., No 187 ets. P. 128 ets, Vincent Heuzé. La reglementation Francaise des contrats interantioneaux, 1990, No. 655 ets. P. 291 etss.

١- المصرف هو صاحب الأداء المميز بالنظر إلى المهنة التي يقوم بها:

لا شك أن تطبيق قانون البنك يسنده كون هذا البنك هو الطرف الرئيسي في العملية، هو صاحب الأداء المميز فيها بحكم وضعه المهني الذي يمارسه محترفاً في مواجهة أعداد من البشر لا تدخل تحت حصر. بعبارة أخرى، فإن جوهرية الأداء وتميزه تتأتى من النظر إلى مهنة أحد طرفي العلاقة: نحن بصدد طرفين أحدهما عميل عادى شأنه شأن غيره من الناس الذين يدخلون في معاملات يومية مع البنك دون حصر، والطرف الآخر هو المصرف بما له من وضع وما يشغله من مركز في الاقتصاد الوطني في الدولة التي يمارس فيها نشاطه.

مقتضى ذلك، أن الأداء المميز يستقر بوضوح وجزم من خلال النشاط الذي يمارسه أحد طرفي العملية. فالبنك هو الطرف الرئيسي في العملية المصرفية، والمهنة التي يمارسها ويحترف القيام بها من شأنها أن تضيف طابعاً خاصاً على العملية بحيث يمكن القول بأن المصرف يستغرق جوهر العقد. فتتنظيم العمل المصرفي في داخل الدولة لا يتم بعيداً عن الواقع الاقتصادي السائد فيها، ومن هنا فإن العملية المصرفية التي يتم إبرامها في دولة المصرف لا يمكنها أن تتحرر من تأثير طبيعة المهنة المصرفية عليها. فلا شبهة في أن قانون المصرف له جاذبية خاصة يمارسها بقوة على العمليات المصرفية^(١).

إلى ضميمه ما تقدم فإن أوصاف العمليات المصرفية ومبالغ الاعتماد ومدتها هي مسائل يضطلع البنك بحكم وظيفته بتحديددها على ضوء القواعد القانونية السائدة في الدولة التي يعمل فيها والأوضاع الاقتصادية بها. فلا يجب أن نغفل أبداً أن العملية المصرفية التي يجريها البنك لا تنفصل عن الواقع الاقتصادي والنقدي في الدولة التي يعمل فيها المصرف. وفي هذه الحالة يمكن

(١) Stofflet, les conflits de lois en matière d'opérations de Banque, Annales de la Faculté de droit de Clermont - Ferrand, op. cit., P. 208, Loussouarn et Bredin, op. cit.

صياغة المبدأ ببساطة على النحو التالي: فى العمليات المصرفية يكون الأداء المميز والفذ من حيث المبدأ هو الأداء المقدم من المصرف المنفذ لها. ويقصد بهذا القانون قانون المصرف الذى ينجز العملية أياً كان مركزه: المصرف الأساسى أو الفرع لبنك أجنبى أو البنك الوليد التابع للبنك الأم الموجود فى الخارج أو البنك المراسل. وفى الحالة التى يتم فيها العمل المصرفى بين بنكين يجب التحرى بدقة عن البنك صاحب الأداء المميز والجوهرى، وهى حالة تخضع للتحرى القائم على النظر إلى كل مسألة على حدة.

المبدأ ابن فى هذا الخصوص يعنى ببساطة أنه فى إطار العلاقات العقدية بصفة عامة، بين طرف عادى من أحاد الناس وطرف آخر يقوم بتنفيذ العقد بمقتضى المهنة التى يمارسها ويحترف القيام بها، يكون صاحب الأداء المميز فى العملية هو من غير شك الطرف صاحب المهنة ومحترف ممارستها. هذا المبدأ العام ينطبق على الطبيب المعالج لمرضى من دول مختلفة ومقاول النقل الذى ينقل عملاء له من جنسيات متعددة وشركة التأمين التى تقوم بالتأمين على العديد من المؤمن عليهم المنتمين بجنسياتهم لدول متعددة أو المقيمين فى أكثر من إقليم، ودار النشر التى تطبع وتنتشر لعديد من المؤلفين الذين ينتمون لجنسيات عديدة ... وغير ذلك. فى مثل هذه الحالات يكون من اللازم إفساح الطريق أمام قانون صاحب المهنة وعلى قانون "العميل" la loi de client أن يتراجع أمام الأول بوصفه قانون الطرف ذى الأداء الفذ أو الجوهرى فى العملية^(١).

خذ على ذلك للإيضاح مثلاً^(٢) بيتاً من بيوت الأزياء الفرنسية له عملاء عديدون من جنسيات مختلفة. لو قلنا إن هذا البيت فى تعاملاته مع كل عميل من العملاء يخضع لقانون جنسية العميل مثلاً، أو لقانون موطنه أو محل إقامته،

(١) وعلى هذا الحل يستقر الفقه والقضاء الألمانى منذ زمن، راجع فى تفاصيل ذلك، Kegel، المرجع السابق، ص ١٨٢ - ١٨٣، وهامش (٢٥) ص ١٨٨.

(٢) اقرأ هذا المثال مذكوراً عند Kegel، ص ١٨٢ - ١٨٤.

فللمرء عند ذلك أن يتصور درجة الإزعاج التي يمكن تصيب هذا البيت في تعاملاته، وهو إزعاج يمكن أن يتعدد بعدد العملاء الذين يتعامل معهم. أما لو قلنا بتطبيق القانون الفرنسي، بوصفه قانون بيت الأزياء، فإن أعمال هذا القانون من غير شك سيكون أكثر ملاءمة. فالجميع يخضعون لحكم قانون واحد. ولو تصورنا أن هناك إزعاجاً يلحق العملاء فإنه إزعاج وإن تحقق فلن يصيب كل عميل إلا مرة واحدة.

ويضاف إلى ما تقدم أن "بيت الأزياء" هذا غالباً ما يبيع منتجاته لعملاء فرنسيين. وإن حدث وباع لعملاء أجنب فإن عدد هؤلاء عادة ما يكون قليلاً، وهو الأمر الذي يبرر خضوعهم "لقانون بيت الأزياء"، أي للقانون الفرنسي بوصفه القانون الذي يطبق غالباً. ويعد هذا التحليل هو الأساس الجوهرى الذى يقوم عليه المبدأ القائل بأن العقود التي تعد للكافة *les contrats en masse* يجب أن تخضع لقانون واحد هو قانون الموجب^(١).

وتطبيق قانون المدين بالأداء المميز أمر شائع فى الاتفاقيات الدولية وفى التشريعات الحديثة وفى بعض أحكام القضاء، نعرض لكل أولئك مع بيان ملاحظتنا.

١- فكرة الأداء المميز فى الاتفاقيات الدولية:

الاتجاه الحديث فى القانون الدولى الخاص المقارن يكاد يستقر على عقد الاختصاص لقانون المصرف لحكم العمليات المصرفية الدولية. ففى كل مرة يتخلف فيها الاختيار الصريح أو المؤكد للقانون الواجب التطبيق على العقد، يذهب الاتجاه الراجح إلى تطبيق قانون الدولة التى يتوطن فيها الطرف

Kegel, rapport précité, P. 183 – 184.

(١)

وهو يشير إلى أن تطبيق القانون الفرنسى – فى المثال المطروح – بوصفه قانون "بيت الأزياء" قد يكون فى مصلحة العملاء أنفسهم. إذ أن تطبيق قانون كل عميل على المنازعات التى قد تثور بمناسبة العقد المبرم بينه وبين "بيت الأزياء" من شأنه أن يسبب مشاكل متعددة لهذا "البيت"، لأنه سوف يسبب له ضياعاً فى الوقت، كما أن بحثه عن القانون الواجب التطبيق سوف يكلفه نفقات إضافية، وهى أمور قد يجد "دار الأزياء" نفسه معها مضطراً لرفع أسعاره ليتحملها العملاء.

الذى يقوم بالأداء المميز فى العقد ذى الطبيعة الدولية^(١). من ذلك مثلا ما تقضى به المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي فى ١٥ يونية ١٩٥٥ الخاصة بالبيوع الدولية للمنقولات المادية، من حكم مفاده: "إذا لم يتفق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق، فإن البيع يحكمه، من حيث المبدأ، قانون الدولة التى يوجد بها محل الإقامة المعتاد للبائع". وجريان المقايسة بين الأمرين (البيع الدولى والعمليات المصرفية الدولية) يعنى أن المصرف كالبائع كلاهما يقدم فى العملية التى يقوم بها (العملية المصرفية والبيع) الأداء المميز، فيكون من ثم الحكم واحداً: خضوع كل من البيع والعملية المصرفية لقانون مقر أو محل الإقامة المعتاد لمن يقدم هذا الأداء الجوهري.

وعين الحل نجده مكرساً فى اتفاقية روما المبرمة فى ١٩ يونية ١٩٨٠ والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية^(٢) والمعمول بها فى فرنسا ابتداء من أول أبريل ١٩٩١^(٣). فإذا لم يختار الأفراد صراحة أو بصورة مؤكدة القانون الواجب التطبيق على عقدهم فإن القانون الذى ينطبق، وفقاً للمادة ١/٤، هو قانون الدولة التى يربطها بالعقد الروابط الأكثر صلة *les liens les plus etroits*. وقد جاءت الفقرة الثانية من المادة الرابعة لتضع لنا قرينة مفادها أن أوثق القوانين صلة بالعقد تتحقق فى الدولة التى يوجد بها - وقت إبرام العقد - محل الإقامة العادية للطرف الذى يلتزم بالأداء المميز فى العملية *La partie qui doit Fournir la prestation caracteristique*. وتتابع الفقرة الثانية من المادة الرابعة قولها؛ ومع ذلك، إذا كان العقد داخلاً فى ممارسة

(١) Fouchard, la loi Française et les opérations Bancaires liées à l'activité internationale, R. J. C. N° Special, op. cit., N° 11, P. 71.

(٢) اقرأ نصوص هذه الاتفاقية منشورة فى المجلة الانتقادية للقانون الدولى الخاص، ١٩٨٠ ص ٨٧٥ وما بعدها Clunet ١٩٨١، ص ٢٨١، واقرأ فى التعليق عليها مقال:

F. Bonelli, la convention de Rome dn 19 Juin 1980 et la loi applicable aux operations Bancaires, Revue de droit des affaires internationaux, 1985, P. 389 etss.

(٣) Pour les details V. P. lagarde V. P. lagarde, le nouveau droit international privé de contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome de 19 juin 1980, Rev. Crit. Dr. int., 1991, P. 287 et S.

النشاط المهني لهذا الطرف، فإن هذه الدولة (التي على اتصال 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 (ثانوية مثلاً كالفرع) غير المنشأة الرئيسية فإن الدولة المعنية تكون هي تلك التي توجد بها المؤسسة الأخرى.

فإذا أخذنا في الحسبان هذه القواعد التي قننتها الاتفاقية بشأن الالتزامات التعاقدية بصفة عامة، وأردنا أن نجرى حكمها على العمليات المصرفية الدولية، لأمكن لنا أن نرصد الحلول الآتية:

١- لا شبهة لدينا في أن الطرف الذي يضطلع بالأداء المميز في العمليات المصرفية الدولية هو المصرف. ومن الصعب أن تلحق هذه الصفة بأداءات العميل. وفي إطار العلاقات بين المصارف يجب على الباحث أن يستعين بموضوع العملية للوقوف على من الذي يأخذ مركز مقدم الأداء المميز من المصرفين ومن الذي يظهر بمظهر العميل. على أن الأمر لا يمضى هكذا في يسر وسهولة، وإنما يعوزه تحليل خاص بكل حالة على حده^(١).

٢- إذا قام بالعملية المصرفية الدولية فرع تابع لبنك أجنبي، أو بنك وليد تابع للبنك الأم الموجود في الخارج أو مراسل أو وكيل أو كيان من الكيانات القانونية المستقلة فإن القانون الواجب التطبيق على هذه العملية هو قانون الدولة التي يوجد بها مقر أى من هؤلاء.

ب- فكرة الأداء المميز في التشريعات الحديثة:

لعل الناظر في أحدث تشريعات القانون الدولي الخاص يجد عزوفاً من جانبها عن الركون إلى ضوابط جامدة أو الاعتماد على الحيلة والمجاز في شأن

(١) اقرأ في ذلك Mattout، القانون المصرفي الدولي، ١٩٨٧، سابق الإشارة إليه، فقرة ١٠ ص ٥١، وفقرة ١٧ ص ٥٧، وأنظر أيضاً في ذات المعنى أستاذنا Lagarde، القانون الدولي الخاص الجديد للعقود بعد العمل باتفاقية روما في ١٩ يونيو ١٩٨٠، المجلة الانتقادية، ١٩٩١، فقرة ٢٩ ص ٣٠٩، Pelichet، الضمانات البنكية وتنازع القوانين، rev.dr.aff.int، ١٩٩٠، ص ٣٣٥ وما بعدها.

تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود بتفويض القاضى فى مهمة تركيز العقد والكشف عن القانون الأوثق اتصالاً به بالنظر إلى كل حالة على حدة وتبعاً لظروف التعاقد وملابساته. فالموقف الجديد لهذه التشريعات يعتمد على عملية توزيع الإسناد وبحيث يتم رصد ضابط إسناد لكل طائفة من طوائف العقود. والعمدة فى تحديد هذا الضابط هو فكرة الأداء المميز وبحيث يعهد بحكم العقد لقانون الدولة التى يوجد بها الطرف الذى يقدم الأداء الجوهري أو الفذ فيه. وإذا كنا لم نجد تشريعاً من التشريعات التى تعرف هذه النظرية قد تصدى بالتعريف لمعنى الأداء المميز، فإن ذلك أمر منطقي. فليست التعريفات من الأمور الداخلة فى عمل المشرع، وإنما تلك هى وظيفة الفقه والقضاء.

وعديدة هى التشريعات الحديثة التى تختط هذا المسلك نعرض لبعض منها أملىن فى النهاية - عبر تحليل للفكرة - أن نضبط المعنى المقصود وأن نحدد سماته.

فهناك أولاً القانون السويسرى الجديد^(١) الذى يضع - فى حالة عدم وجود اتفاق صريح أو مؤكدة - قاعدة، ثم يصوغ - عبر فكرة الأداء المميز - بعض تطبيقات للعقود. فى المادة ١١٧ / ١ يصوغ المشرع مبدأ عاماً مفاده "أن العقد يحكمه قانون الدولة التى يرتبط بها بأوثق الروابط". فالفرض هنا أن العقد الدولى على ارتباط بأكثر من دولة، ويتأتى اختيار القانون الواجب التطبيق باختيار القانون الأكثر صلة، من بين هذه القوانين، بالرابطة العقدية المعنية. وبعد ذلك مباشرة، ومراعاة لمقتضيات الأمان القانونى، عول المشرع على فكرة الأداء المميز رانياً فيها المعيار الذى يمكن بمقتضاه تحديد القانون الواجب التطبيق. وفى ذلك يتابع النص قوله "وتعد هذه الروابط موجودة مع الدولة التى يوجد بها محل الإقامة المعتاد للطرف الذى يجب عليه تقديم الأداء المميز، أو التى يوجد بها مقره Son établissement (مقر هذا الطرف) إذا كان العقد قد أبرم فى إطار ممارسة النشاط المهني (لهذا الشخص)". وراح المشرع يحدد لنا

(١) اقرأ نصوص هذا القانون منشورة فى المجلة الانتقادية ١٩٨٨، ص ٤٠٩ وما بعدها.

فى طوائف عديدة من العقود ما يعد من قبيل الأداء المميز المحدد للقانون الواجب التطبيق فيقرر مثلاً أن: أداء المودع لديه هو الأداء المميز فى عقد الودعية، وأن أداء الضامن والكفيل هو الأداء المميز فى عقود الضمان والكفالة، وأداء مقدم الخدمة هو الأداء المميز فى العقود المتعلقة بأداء الخدمات^(١) ... وهكذا. ويمكن طبعاً أن يضاف إلى الحالات التى نكرها المشرع كثير غيرها. فالقاعدة العامة التى صاغها المشرع تنطبق من غير شبهة على عمليات البنوك فىكون وفقاً لها قانون المصرف هو الواجب التطبيق، وفى عقود النقل يكون هو قانون الناقل، وفى عقود التأمين يكون القانون الواجب إعماله هو قانون الشركة أو المؤسسة المؤمن لديها^(٢) وهكذا.

ولا شك أن هذا المفهوم يأخذ فى الحسبان الإعتبارات الخاصة بكل عقد من العقود كما أنه يجنبنا المضار التى تنساب من الحل الذى يُخضع بلا تمييز العقد - أياً كانت طبيعته الخاصة به - إلى إسناد محدد سلفاً. فوق ذلك فإن فكرة الأداء المميز من شأنها أن تحمى توقعات الأطراف^{(٣)(٤)}.

ونلفت النظر بخصوص هذا التنظيم التشريعى إلى عدة اعتبارات هامة: أولها: أن ما أورده المشرع من عقود محدداً فيها الطرف الذى يقدم الأداء المميز ومن ثم يكون قانون محل إقامته المعتاد هو الواجب التطبيق، هى

(١) فى دراسة متعمقة خاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود فى ظل هذا القانون الجديد، اقرأ:

François Knoepfler, le contrat dans le nouveau droit international privé Suisse. in "Le nouveau droit international privé Suisse, Publication CEDIDAC. Loussane 1988, P. 79 etss. V précisément, P. 88 etss.

(٢) ومن الجدير بالإشارة أن المشرع السويسرى أفرد قواعد إسناد خاصة بعد ذلك لمجموعة من العقود منها: عقد بيع المنقولات على أساس أنها تخضع لاتفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٥ (م ١١٨) والعقود المتعلقة بالعقار (م ١١٩)، وعقد العمل (م ١٢١) والعقود المبرمة مع المستهلكين والعقود المتعلقة بالملكية الذهنية (م ١٢٢) وعقد الوكالة (م ١٢٦).

François Knoepfler, op. cit., P. 90. (٣)

François Knoepfler, op. cit., P. 90. (٤)

مجرد أمثلة بنضاف إليها غيرها بطبيعة الحال على هدى من القاعدة العامة التي صاغها المشرع شريطة أن يكون ممكناً تحديد هذا الأداء. وفي الفرض حيث يستعصى تحديد الأداء المميز لكون أداءات الطرفين مثلاً تعد أداءات مميزة كما هو الشأن في عقد المقايضة، أو المبادنة، فإنه يجب عندئذ فحص المسائل حالة حالة للوقوف على الدولة التي يرتبط بها العقد برباط وثيق.

ثانيها: إن الأمر فيما حدده المشرع من حالات - وغيرها التي يمكن أن تنضاف إليها - لا يعدو أن يكون قرينة يمكن نحضها وإقامة الدليل على غير ما تقول به بإثبات أن العقد يرتبط بدولة أخرى غير الدولة التي حددها النص. وفي ذلك يتفق القانون السويسري (م ١٥) مع اتفاقية روما^(١).

ثالثها: وما دام الأمر يتعلق بقرائن .. كما أظهِرنا - فإن النتيجة الطبيعية التي تترتب على ذلك أن يكون القاضى ملزماً من تلقاء نفسه بتطبيق قاعدة انتزاع المنصوص عليها، مع اختبار مصداقية حكم كل فرض والتأكد من أن القانون المحدد هو أكثر القوانين صلة بالعقد. فإن تحقق هذا الوصف طبق القانون المذكور، وإن لم يتحقق كان عليه أن يبحث عن أكثر القوانين اتصالاً بالعقد.

وفكرة الأداء المميز قال بها أيضاً القانون الدولي الخاص الألماني الجديد^(٢) عكساً في المادة ٢٨ منه حلاً يتطابق مع الحل الذي قال به نظيره السويسري^(٣).

(١) في التفاصيل بخصوص موقف اتفاقية روما، أستأذننا لاجارد، مقاله السابق الإشارة إليه. المسجبة الاسفانية، ١٩٩١، فقرة ٣١ ص ٣١٠ - ٣١١.

(٢) قانون ٢٥ يولية ١٩٨٦، وقرأ نصه من هذا القانون مترجمة إلى الفرنسية في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، ١٩٨٧، العدد الأول - الجزء رقم ٧٦، ص ١٧٠، وما بعده.

(٣) فقد أورد بعض التطبيقات خاصة بالعقود التي يكون موضوعها حقاً عينياً عقارياً أو حقاً شخصياً عقارياً، وبالعقد النقل والعقود المبرمة بواسطة المستهلكين وعقد العمل الفردي (المواد من ٢٨ - ٣٠).

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الألماني لجمهورية ألمانيا الديمقراطية (سابقاً) لسنة ١٩٧٥ كان يأخذ أيضاً بفكرة الأداء المميز بوصفها أداة يمكن من خلالها تحديد القانون الواجب على العقود الاقتصادية الدولية - والتعبير لنص المادة ١٢ / ١ من القانون - وبحيث ينطبق القانون المعمول به في مقر كل من البائع بالنسبة لعقود البيع والمقاول بالنسبة للعقود الخاصة بأداء خدمات أو بخدمة بعد البيع أو بالرقابة والتوجيه، والقائم على العمل فيما يتعلق بالعقود الخاصة بالأعمال العلمية والفنية أو تلك المتعلقة بإقامة المعدات الصناعية، وصاحب المصنع فيما يتعلق بعقود إيجار العمل والتركيب، وعقد تقديم النصيحة أو المشورة de conseil، وقانون الوكيل بالنسبة لعقود الوكالة أو التمثيل التجاري، وقانون مقر أمين النقل بالنسبة لعقود نقل البضائع، وقانون مقر الوكيل بالعمولة للنقل بالنسبة لعقود الوكالة بالعمولة للنقل، وقانون الموعد لديه بالنسبة لعقود الوديعة، وقانون الناقل بالنسبة لعقود نقل الأشخاص وقانون البنك بالنسبة للعقود المصرفية، وقانون المؤمن بالنسبة لعقود التأمين.

وبعد هذا التعداد أضافت المادة ٢/١٢ حكماً آخر مقتضاه أنه "إذا لم يكن القانون الواجب التطبيق على العقد محددًا وفقاً للمادة ١/١٢، وجب تطبيق قانون مقر الطرف الذي يضطلع بتقديم الأداء المميز لنوع العقد"^(١) وميزة هذا القانون - من حيث فنية الصياغة - أنه ذكر حالات متعددة يتحقق فيها الأداء المميز في مكان محدد بصورة واضحة لا تثير لبساً، وقد قصد المشرع بذلك على ما نعتقد أن ييسر على القضاء وأن يسهل من مهمته. فالمبدأ العام الذي صاغه المشرع كفيل بأن يبلغ القاضى معه هذه النتائج. وعلى أى حال، فإن

(١) وتجدر الإشارة إلى أن المادة ٢/١٢ تنص على أنه إذا تعذر الوقوف على هذا الأداء، كان القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي يصل فيها إلى علم الموجب قبول من وجه إليه الإيجاب. وغالباً ما يكون هذا القانون هو قانون الدولة التي أبرم فيها العقد. وفي تقديرنا أن هذا الحل لا يخلو من العيوب. ومن الأخرى عدم التقيد بحل موحد وترك الأمر للقاضى الناظر في المنازعة يستوحى منها ما يراه عنصراً ملائماً ومرجعاً لتطبيق قانون بعينه.

كثرة التعداد تلك لا تخلو من فائدة بالنسبة للقاضي من حيث توفير الوقت والجهد عليه. كما أن توقع القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف أمر محمود في نطاق العلاقات الخاصة الدولية. ومن هنا يبدو ما لهذا الحل من فضل بالنسبة للقضاء وللخصوم أنفسهم.

وبفكرة الأداء المميز، وبحلول مماثلة للقوانين السابقة، قال القانون الدولي الخاص النمساوي (الفيدرالي في ١٥ يونيو ١٩٧٨) والمعمول به من أول يناير ١٩٧٩^(١). فبعد أن قرر هذا القانون من حيث المبدأ اعتماد فكرة الأداء المميز لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود سواء الملزمة لجانبيين (م ٣٦) أم الملزمة لجانب واحد (م ٣٧) راح يضرب لنا أمثلة لقانون الدولة التي يتحقق فيها الأداء المميز من بين الدول التي تكون على اتصال بالعقد. فتكلم عن عمليات البنوك وعقود التأمين (م ٣٨) والعمليات التي تتم في البورصة وما على شاكلتها من عمليات (م ٣٩) والبيع التي تتم بالمزاد (م ٤٠) وعقود المستهلكين (م ٤١) وتلك المتعلقة باستغلال الأموال العقارية (م ٤٢) والعقود الواردة على حق الملكية المعنوية (م ٤٣) وعقود العمل (م ٤٤).

والذي يعيننا في هذا المقام هو الحكم الذي قرره المشرع النمساوي في شأن عمليات البنوك الدولية والذي أودعه نص المادة ١٣٧/١ والتي جرى حكمها على أن العمليات المصرفية يحكمها قانون الدولة التي يوجد بها مقر المصرف مقدم الائتمان، وفي حالة العمليات المصرفية التي تتم بين مصرفين (من مؤسسات الائتمان) يجب اعتماد قانون الدولة التي يوجد بها مقر المصرف الذي يقوم بالعملية بوصفه وكيلًا mandataire^(٢).

(١) اقرأ نصوص هذا القانون ترجمة إلى الفرنسية منشورة في المجلة الانتقادية ١٩٧٨، ص ١٧٦ وما بعدها.

(٢) اقرأ هذه النصوص بالفرنسية ونصها كالاتي:

Les contrats synallagmatiques dans lesquels une des parties doit à l'autre de l'argent. au moins de façon prépondérante. sont régis par le droit de l'Etat dans=

=lequel l'autre partie a sa résidence habituelle. Si cette autre partie conclut le contrat à titre d'entrepreneur, la résidence habituelle est remplacée par l'établissement dans le cadre duquel le contrat est conclu.

Les contrats unilatéraux et les actes juridiques unilatéraux et ces obligations sont régis par le droit de l'Etat dans lequel le débiteur a sa résidence habituelle (son établissement, A. 36, 2e phrase).

A 38. Opérations bancaires et contrats d'assurances

1. Les opérations bancaires sont régies par le droit de l'Etat dans lequel l'entreprise de crédit a son établissement (A 36, 2e phrase); en cas d'opération bancaires entre deux entreprises de régies on retient l'établissement de l'entreprise mandataire.

2- Les contrats d'assurances sont régis par le droit de l'Etat dans lequel l'assureur a son établissement (P 36, 2e phrase)

P 39. Opération de bourse et contrats analogues

Les opérations de bourse et les contrats dans les marchés et les foires sont régis par le droit de l'Etat où se trouve la bourse ou le-marché ou celui où la foire a lieu.

P 40. Ventes aux enchères

Les ventes aux enchères sont régies par le droit de l'Etat dans lequel elles ont lieu.

P 41. Contrats de consommateurs

1. Les contrats pour lesquels le droit de l'Etat dans lequel une partie a sa résidence habituelle assure à cette partie, en tant que consommateur, une protection particulière de droit privé, sont régis par le droit de cet Etat s'ils ont été conclus dans le cadre d'une activité orientée vers la formation de tels contrats et déployée dans cet Etat par l'entrepreneur ou par les personnes employées par lui à ce propos.

2- Dans la mesure où il s'agit de prescription impérative de ce droit, un choix de droit applicable désavantageux pour le consommateur ne doit pas être respecté.

P 44. Contrats sur l'exploitation de biens immeubles

1- Les contrats sur l'exploitation de biens immeubles ou de constructions sur le terrain d'autrui sont régis par le droit de l'Etat dans lequel le bien se trouve.

2- Dans la mesure où il s'agit de prescriptions impératives de ce droit en matière de logement, un choix applicable désavantageux pour le locataire ne doit pas être respecté.

Contrats sur les droits de propriété intellectuelle

1- Les contrats sur les droits de propriété intellectuelle sont régis par le droit de l'Etat dans lequel le droit de propriété intellectuelle est transgéré ou octroyé. Si le contrat se rapporte à plusieurs Etats, est applicable le droit de l'Etat où l'acquéreur (preneur de licence) a sa résidence habituelle (son établissement, P 36, 2e phrase)

2- La règle de rattachement du contrat de travail (P 44) est applicable aux conventions sur les droits de propriété intellectuelle à l'activité d'un travailleur dans le cadre de son contrat de travail.

كما يأخذ بعين فكرة الأداء المميز القانون المجرى الحديد لسنة ١٩٧٩^(١). فوفقاً للمادة ٢٤ منه تخضع العقود الدولية لقانون الإرادة المتفق عليه عند إبرام العقد أو في تاريخ لاحق عليه. وفي حالة عدم الإتفاق صراحة على تطبيق قانون معين رصد المشرع في المادة ٢٥ جملة فئات من العقود جاعلاً القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي يوجد بها، عند إبرام العقد موطن أو إقامة أو مقر الطرف الذي يضطلع بالقيام بالأداء المميز في العملية (م ٢٥). ومن بين التطبيقات التي ساقها النص العمليات المصرفية الدولية والتي يحكمها قانون المصرف القائم بالانتماء^(٢).

=

Contrats de travail

1- Les contrats de travail sont régis par le droit de l'Etat dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail. Ce droit reste applicable si le travailleur est détaché dans un lieu de travail situé dans un autre Etat.

2- Si le travailleur accomplit habituellement son travail dans plusieurs Etats ou s'il n'a pas de lieu habituel de travail, le droit applicable est celui de l'Etat dans lequel l'employeur a sa résidence habituelle (son établissement, p 36, 2e phrase).

3- Un choix du droit applicable n'est à respecter que s'il a été fait de façon expresse. Dans la mesure, cependant, où il s'agit des dispositions impératives des droits mentionnés aux alinéas 1 et 2, même un choix explicite ne doit pas être respecté

(١) اقرأ نصوص هذا القانون مترجمة الى الفرنسية منشورة في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، ١٩٨١ ص ١٦٦.

(٢) واليك نص المواد من ٢٤ - ٢٧ من هذا القانون.

P 24. Les contrats sont régis par la loi choisie par les parties lors de la conclusion du contrat ou postérieurement. A défaut d'élection de droit, la loi applicable aux différents contrats est établie d'après les art. 25 à 29 du present chapitre.

P 25. La loi applicable au contrat le droit de l'Etat dans lequel se situe, au moment de la conclusion du contrat, le domicile, la résidence habituelle, le siège de l'établissement:

a) du vendeur, en cas de vente.

b) du bailleur, en cas de bail ou de fémage

c) de l'utilisateur, en cas de contrat sur l'utilisation des droits d'auteur protégé.

d) du prêteur d'usage en cas de contrat sur l'utilisation de la propriété industrielle ou d'autres droits représentant une valeur matérielle.

e) du dépositaire en cas de depot (d'entrôt).

f) du mandataire en cas de mandat.

g) du commissionnaire en cas de commission. =

وبعد أن أصبحت اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ - الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود نافذة - فإن هذا الحل هو الذي يأخذ به القانون الإنجليزي للعقود (تنزاع القوانين) لسنة ١٩٩٠، والدنماركي (قانون ٩ مايو ١٩٨٤) واللكسمبورجي (قانون ٢٧ مارس ١٩٨٧) والبلجيكي (قانون ١٤ يولية ١٩٨٧)^(١) والفرنسي (الصادر في ٢٨ فبراير ١٩٩١)^(٢).

وعلى ذات النهج كان يسير القانون اليوغسلافي (قانون ١٥ يولية لسنة ١٩٨٢)^(٣)، الذي كان يضع مبدأ عاماً يقضى بإخضاع العقود لقانون الإرادة

=

h) du représentant (de l'argent) en cas de representation commerciale,

i) du transporteur ou du commissionnaire de transport, en cas de transport, et d'expédition.

K) de l'assureur, en cas de contrat d'assurance.

l) du prêteur en cas de prêt à usage.

m) du donateur en cas de donation.

P26. (1) Les contrats relatifs à un immeuble sont régis par la loi de la situation de l'immeuble et les contrats concernat des bateaux ou des aréonefs enregistré sont régis par la loi de l'Etat dont le véhicule bar pavillon ou dont il porte un signe de souveraineté quelconque.

2- Le contrat d'entreprise (de planification, d'assemblage, de façonnage, etc.) ets régi par la loi de l'Etat sur le territoire duquel doit être produit le résultat determine par le contrat.

3- Le contrat d'aliments ou de rente viagé est régi par la loi de l'Etat sur le territoire duquel ces prestations sont dues.

P 27. (1) Les contrats conclus en bourse, ou par adjudication ou aux enchères, sont régis par la loi de l'Etat sur le territoire duquel se trouve la bourse, ou par celle de l'Etat où l'adjuication ou les enchères ont lieu.

(2) Le contrat de société es régi par la loi de l'Etat sur le territoire duquel la société déploie son activité. Le contrat d'un personne morale est régi par la loi personelle de celle - ci.

(١) أنظر في هذه التشريعات مقال أستاذنا لأجاراد، السابق الإشارة إليه، المجلة الانتقادية ١٩٩١، ص ٢٨٩ والهوامش المذكورة فيه في ذات الصفحة.

(٢) أنظر في التعليق على هذا القانون أستاذنا لأجاراد، المجلة الانتقادية ١٩٩١، سابق الإشارة إليه ص ٢٨٧ وما بعدها.

وأقرأ نص المادة ١٧ من القانون المذكور الصادر في ٢٨ فبراير ١٩٩١ التي تقول بأن الاتفاقية تنطبق في فرنسا على العقود المبرمة بعد أول ابريل ١٩٩١.

(٣) والمعمول به من أول يناير ١٩٨٣ - أقرأ هذا القانون بالفرنسية في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، ١٩٨٣ ص ٣٥٣.

الصريحة أو المؤكدة، وإلا وجب إعمال قانون الدولة التي يوجد بها مقر الطرف الذي يقع عليه الالتزام بتقديم الأداء المميز في العملية. وقد عدد المشرع فئات لهذه العقود محددًا فيها القانون الواجب التطبيق أودعها المادة ٢٠^(١).

وبفكرة الأداء المميز مع أفراد قواعد إسناد خاصة بكل طائفة من طوائف العقود أخذ القانون التشيكوسلوفاكي الصادر في ٤ ديسمبر ١٩٦٣^(٢) (المواد ٩ و ١٠) والقانون البولندي لسنة ١٩٦٦ (المواد من ٢٥ - ٢٠)^(٣).

وتتعدد التشريعات التي تعتنق نظرية الأداء المميز. فتشريع "الكبيك Quebec الجديد الصادر في ١٨ ديسمبر ١٩٩١^(٤) انحاز لهذه النظرية. فقد وضع هذا القانون مبدأ عاماً ضمنه المادة ٣١١١ مفاده أن العقد يحكمه القانون الذي يحدده الأطراف صراحة أو الذي ينضح بصورة مؤكدة d'une façon certaine من بين ثنايا نصوص هذا التصرف. وتضيف المادة ٣١١٢ قولها: إذا ما تخلف تعيين هذا القانون أو إذا كان القانون المحدد من شأنه أن يجعل التصرف القانوني غير صحيح، فإنه يجب إعمال قانون الدولة الأقوى صلة بالعقد. ويفترض وجود هذه الصلة مع قانون الدولة التي يوجد بها مقر المدين بالأداء المميز في العملية.

وأياً كان الأمر، فإنه يجب أن نضع أيدينا، ونحن بصدد التعليق على هذا القانون، على النقاط الأساسية الآتية:

- بتطبيق هذا النص يكون القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية الدولية، متى لم يتفق الطرفان على تطبيق قانون آخر، هو قانون

- (١) المواد من ٢٠ - ٢٦ من هذا القانون.
- (٢) اقرأ نصوص هذا القانون بالفرنسية في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، ١٩٦٥، ص ٦١٤ وما بعدها.
- (٣) في نصوص هذا القانون بالفرنسية اقرأ ترجمة لها منشورة في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص ١٩٦٦، ص ٣٢٣ وما بعدها.
- (٤) وقد وردت التعديلات الجديدة في الكتاب العاشر من القانون المدني الجديد الصادر في ١٨ ديسمبر ١٩٩١ والذي يبدأ العمل به ابتداء من أول يناير ١٩٩٤. اقرأ في التعليق على بعض النصوص الخاصة بالقانون الدولي الخاص.

J. C. Castel, commentaire sur certaines dispositions du code civil du quebec se rapportant au droit international privé, clunet 1992, P. 625 etss.

المصرف، بوصفه قانون مقر المؤسسة التي يتعين عليها القيام بالأداء المميز في العملية. وفي هذا الشأن يتلاقى القانون المذكور مع اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ ومع القوانين السابقة التي عدناها وعلى رأسها القانون الألماني والقانون السويسري الجديان.

لقد أحسن المشرع صنعا حين لم يذهب بعيدا في عملية البحث عن القانون الواجب التطبيق، عند عدم الإتفاق الصريح أو المؤكد إلى حد العهدة بصورة مطلقة لقضاء المسألة لتعيين هذا القانون بالارتكان إلى القرائن والأمارات الخارجية والداخلية التي تصاحب العقد؛ لأن الأهمية النسبية لهذه الأمارات وعملية تفسيرها إنما تتباين وتختلف بحسب طبيعة العقد المراد تحديد القانون الواجب التطبيق عليه. فقيمة هذه الأمارات ليست واحدة، ولا يمكن أن تكون جميعها حاسمة أو كافية بذاتها لإسناد العقد لنظام قانوني محدد^(١).

وما أورده المشرع هنا خاصا ببعض العقود لا يخرج عن كونه أمثلة يمكن أن يضاف إليها كثير غيرها بإعمال القاعدة العامة التي صاغها المشرع بيمينه^(١).

(١) V. Castel, commentaire sur certaines dispositions, clunet 1992, op. cit., P. 646 - 647.

(٢) ومن الجدير الإشارة أن الأستاذ Castel في تعليقه على النصوص المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، انتقد نظرية الأداء المميز (Castel) في "تعليق على بعض نصوص القانون المدني في الكيبك المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، Clunet ١٩٩٢، ص ٦٤٧). فهو يذكر أن المشرع في الكيبك وقد تأثر جزئيا بالحلول التي قالت بها اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ وبالقانونين السويسري والألماني، فإنه لم يرسم الموجهات التي تسمح للقضاء بأن يحدد ماهية هذه الأداءات المميزة ثم ما المقصود بالأداء المميز؟ ولماذا التركيز على موطن المدين بهذا الأداء؟. ثم ما الحل فيما لو تعددت الأداءات المميزة واجبة الأداء من قبل عدد من المدينين غير مقيمين أو متوطنين في دولة واحدة؟.

والواقع من الأمر أن هذه المآخذ جميعا مردود عليها. فقد سبق أن حددنا مقصود الأداء المميز. كما أن التركيز على محل إقامة المدين أو موطنه وجعل قانونه هو الواجب التطبيق مرجعه ببساطة أن قانون الدولة التي يوجد بها هذا المكان تكون هي الأكثر =

جـ - فكرة الأداء المميز في القضاء:

والحق أن فكرة الأداء المميز الذي يحدد لنا قانون الدولة الذي يربطه بالعقد الرابطة الأقوى صلة والأكثر قوة يعد في العمق إحدى تطبيقات فكرة "الواقعية" أو "الفعالية" La proximité التي لها هيمنة واسعة على سائر جوانب المسائل التي ينظمها القانون الدولي الخاص^(١). فكرة الأداء المميز هذه يرجع الفضل في ضبط حدودها والكشف عن جوانبها إلى الفقيه Schnitzer في سويسرا وعنه تلقىها القضاء السويسري الحديث^(٢). وفي ذلك تقرر المحكمة الفيدرالية السويسرية في حكم لها سنة ١٩٥٢ أن كل عقد من العقود ينفرد بأداء يرضى عليه طابعه. فإذا تعلق الأمر بعقد ملزم للجانبين، فإن القضاء، وهو بصدد بحثه عن ضابط للإسناد، يكون عليه أن يعول على الالتزام الأساسي أو الجوهرى في الرابطة القانونية محل البحث بوصف القائم به هو صاحب الأداء المميز. فإن تعلق الأمر بعقد بيع مثلاً فإن التزام البائع هو الذي يكون كذلك ومن

= صلة بالعقد المطروح أمره أمام القضاء، وعادة ما يكون هذا المكان هو قانون دولة التنفيذ. وإذا تعددت محال إقامة المدينين في أكثر من دولة، كان القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي يوجد بها محل إقامة الشخص الذي يوصف أداءه - من بين مجموع الأداءات المطلوبة - بأنه الأساسي أو الرئيسي تماماً كما هو الحال في عقد العمل. وإن تعذر ذلك أمكن تطبيق أكثر القوانين حماية للطرف الضعيف في الرابطة وهكذا.

(١) في دراسة متعمقة بشأن هذا المبدأ اقرأ مقال أستاذنا Lagarde، بعنوان:

"Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, cours la Haye. 1986, T. 196, P. 13 etss.

(٢) راجع في تفاصيل هذا التطور Adolf D. Schnitzer، العقود في القانون الدولي الخاص السويسري، المرجع السابق، ص ٥٧٢ وما بعدها.

صحيح أن معيار "الرابطة" الأكثر صلة من الناحية الإقليمية يفضل المنهج القائم على وضع ضوابط اسناد مسبقة تسرى بالنسبة لجميع العقود وأياً كانت طبيعتها الخاصة بها إلا أنه مع ذلك لا يبرأ من النقد. فالعقد كما ذكرنا ليس "موجوداً" ملموساً قائماً في العالم الخارجى. فهو لا يشغل حيزاً مكانياً من الناحية الجغرافية. إنما هو رابطة من "مشغولات" الفكر الإنسانى فيما بين الأطراف ينتمى للمجال الذى يؤدى فيه وظيفته فى الحياة الاقتصادية والاجتماعية للإنسان. فوق ذلك فإن ثمة نقيصة أخرى يمكن ان ننسبها لمعيار "الرابطة الإقليمية": ما هى الوسيلة التى يمكن بمقتضاها تحديد هذه الرابطة الإقليمية الأكثر صلة مع دولة محددة؟ إن هذا المعيار لا يقدم لنا إجابة حول تحديد الضابط الحاسم لتحديد القانون الواجب التطبيق.

ثم فإن القانون الذى يرتبط به هذا الالتزام بالرابطة الأوثق صلة يكون هو الواجب التطبيق^(١).

وقد أكدت المحكمة الفيدرالية السويسرية هذا المعنى فى جملة من أحكامها فاعتبرت أداء البائع فى عقد البيع هو الأداء المميز ومن ثم يكون قانون موطنه أو قانون محل إقامته هو الواجب التطبيق^(٢). وبالمثل يكون أداء المقرض فى عقد القرض هو المميز، الأمر الذى يستوجب تطبيق قانون موطنه على هذا العقد^(٣).

وفى ألمانيا شقت فكرة "الأداء المميز" منذ زمن طريقها إلى ساحات العدالة وطبقها القضاء فى أكثر من مناسبة على عقد القرض الدولى قانلاً بشأنه بحلول مطابقة لتلك التى أعملها القضاء السويسرى^(٤).

وفكرة الأداء المميز هذه لها تطبيقات أيضاً أمام القضاء الفرنسى حتى قبل العمل باتفاقية روما فى فرنسا. صحيح أن هذا القضاء قد جرى على تطبيق قانون البنك على العقود المصرفية الدولية، إلا أنه درج على ذلك من خلال تكريسه لفكرة "تركيز" العقد بالمعنى الذى حدده الأستاذ باتيفول. ومع ذلك فإن ثمة بعض الأحكام اعتمدت صراحة فكرة الأداء المميز كميّار لتحديد القانون الواجب التطبيق فى الفرض حيث لا يتفق الأطراف صراحة على تطبيق قانون معين. ففى خصوص منازعة متعلقة بعقد توريد وبيع دولى لأجهزة صناعية لم يحدد فيه أطرافه صراحة القانون الواجب التطبيق، ذهبت محكمة استئناف

(١) اقرأ هذا الحكم منكوراً عند François Kneopfler العقد فى القانون الدولى الخاص السويسرى الجديد، المرجع السابق، ص ٨٩.

(٢) اقرأ هذا القضاء عند Schnitzer، العقود فى القانون الدولى الخاص السويسرى، المرجع السابق، ص ٥٧٦.

(٣) Clunet, 1965, P. 930.

(٤) أنظر فى موقف هذا القضاء وفى أحكام أخرى، Kegal، المرجع السابق، ص ١٨٨ وما بعدها.

باريس في حكم لها في ٢٧ يناير ١٩٥٥^(١) إلى أن تطبيق قاعدة التنازع الفرنسية التي يتعين بمقتضاها تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، هو أمر يتم الكشف عنه بعيداً عن كل بحث قائم على التخمين والظن للنية المفترضة للأطراف والتي لا تعدو أن تكون عملية ذهنية. ويجب الكشف عن هذا القانون بطريقة موضوعية، بالنظر إلى الطرف الذي يوجد فيه العقد من حيث مضمونه وواقعه الاقتصادي المركز في مكان معين لدولة معينة. ولعل المكان الذي يتعين القيام فيه بالأداء المميز في العقد تنقيحاً لهذا الالتزام الفذ هو بحسب طبيعته أكثر الأماكن اتصالاً بالرابطة العقدية المطروحة. ولما كان الالتزام بتسليم البضائع المبيعة يعد هو الأداء المميز في هذا العقد، فإن القانون الواجب التطبيق يكون هو القانون الألماني، بوصفه قانون موطن البائع الذي يجب عليه تنفيذ هذا الأداء. وفي ذلك تقول المحكمة:

"Considérant, dès lors, que l'alternative qui s'ouvre est seulement de savoir si, ainsi que l'allégué la société Heurtey, on pourrait trouver dans la correspondance des parties une manifestation Claire de leur volonté commune, implicite sans doute mais effective, de se conformer à la loi française, ou si au contraire, **à défaut de toute manifestation de semblable volonté**, il conviendrait de faire application de la règle de conflit française selon laquelle en pareil cas **le statut de la convention n'a pas à être décourvert par la recherche divinatoire d'une intention simplement présumée des parties, qui ne serait qu'une vue de l'esprit**, mais est déterminé de façon objective par la circonstance qui le contrat se trouve **de par sa contexture et son économie localisé** dans un certain lieu d'un certain pays. ce lieu avec lequel l'opération conventionnelle entretient le rapport le plus étroit celui où doit s'accomplir la prestation spécifique du contrat en

(١) استئناف باريس في ٢٧ يناير ١٩٥٥، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص ١٩٥٥، ص ٣٣٠ مع تعليق Motulsky.

question en question en execution de l'obligation caractéristique de sa nature (prestation qui est en l'espèce, s'agissant d'une convention de fourniture et vente d'appareils industriels, la livraison des marchandises vendues), la loi du pays d'exécution de cette obligation ayant vocation encore plus forte à qui cette obligation incombe, l'adoption éventuelle de cette seconde branche de l'alternative devant conduire à faire régir le contrat par la loi (allemande) en vigueur en Sarre, puisque, quelle que pût être la destination ultérieure des appareils Vendus, leur livraison par la société Jansen et leur prise en charge par la société Heurteu, devaient expressément avoir lieu à Rohrbach, où de surcroît, est domiciliée la partie venderesse".

وهكذا نجد أن محكمة استئناف باريس قد عولت بصفة حاسمة على نظرية الأداء المميز كضابط للإسناد في مسائل العقود في الفرض حيث لا يتفق الأطراف صراحة على تطبيق قانون معين.

وأياً كان الأمر، فإن الذي لا شبهة فيه، أن جانباً كبيراً من الفقه الفرنسي يعول على نظرية الأداء المميز في شأن تحديد القانون الواجب التطبيق في العمليات المصرفية الدولية واجداً في دولة المصرف المكان الذي يتحقق فيه هذا الأداء ويكون لذلك قانون البنك هو الواجب التطبيق^(١). أكثر من ذلك فإن صاحب نظرية التركيز نفسه الأستاذ باتيفول قد ذهب إلى حد القول بتطبيق قانون الدولة التي يتحقق فيها الأداء المميز في مسائل العمليات المصرفية مقدراً أن مذهب القضاء السويسري في هذا الشأن أجدر بالاتباع^(٢).

Gavalda, Rep. Dalloz dr. int. op. Cit., No 35, Stofflet, J. cl., Banque et credit, Fasc 120, op. cit 0, No 64, Loussourn et Bredin, op. cit. 1 No 656, P. 732, Fouchard, op. cit., No 11 P. 71, Mattout, op. cit., No 10, P. 49 ets. (١)

Batisfol (H.) Les conflits de lois en matière de contrat dans la communauté économique européenne" Les problemes juridiques et économiques du marché commun. Colloque des facultés de droit, Paris 1960, V. aussi, Louis lucas, la libreté contractuelle en droit international privé Francais, Melanges Dabin. T. 2 p. 762 ets. (٢)

د - ملاحظات عامة على فكرة الأداء المميز:

وعلى ضوء ما تقدم من عرض لفكرة الأداء المميز عند الفقه وفي التشريعات الحديثة وفي القضاء يمكن لنا أن نبور الملاحظات التالية:

أولاً: أن معيار الأداء المميز يتسم بكونه مؤكداً d'être sure، وهو الأمر الذي يحقق الأمان القانوني ويحقق مصلحة التجارة الدولية.

ثانياً: أن مضمون الأداء المميز يتحدد بالنظر إلى كل التزام على حدة، ومن ثم يمكن تعيين القانون الواجب التطبيق بالنظر إلى خصوصية كل طائفة من طوائف العقود: فإذا تعلق الأمر بعقد ملزم لجانب واحد، وهو العقد الذي لا ينشئ التزامات إلا في جانب أحد المتعاقدين فيكون مديناً غير دائن، كما هو الحال في عقد الهبة والوديعة بغير أجر والوكالة بغير أجر، فإن الذي لا شبهة فيه أن أداء هذا المدين يكون هو الحاسم في العقد ويعد من ثم هو الأداء المميز ويتحدد القانون الواجب التطبيق بالنظر إلى موطن أو محل الإقامة المعتاد لهذا المدين.

وفي الفرض حيث يكون العقد ملزماً للجانبين وبحيث يلتزم كل طرف في العقد بتقديم أداءات معينة، فإن تحديد أي الأداءين هو المميز وعلى هدى منه يتحدد القانون الواجب التطبيق غالباً ما يكون أمراً ميسوراً كما هو الحال في الأمثلة التي سقناها. ويمكن الاستعانة بالمهنة التي يمارسها أطراف العقد لاستكشاف طبيعة الأداءات المقدمة، وكذا النظر إلى موضوع العقد كما أوضحنا بخصوص العمليات المصرفية. والحال كذلك، فإنه لا يكون ثمة بنا حاجة بعد ذلك للبحث عن المكان الذي تم فيه إبرام التصرف خاصة إذا أدر كنا أن هذا التحديد أمر يثير مشاكل متعددة سيما في الفرض حيث يكون التعاقد بين غائبين، وهو الأمر المتصور تماماً في العمليات المصرفية حيث يتم جانب منها تليفونياً أو عن طريق "التلكس" أو بالمراسلة. ويلزم أيضاً عند البحث عن الأداء المميز في العقد هجر الضوابط التي تستند إلى الإرادة المقترضة عند من

يعرف ذلك من التشريعات، كما لا يعد ضرورياً أيضاً أن نجري اختياراً بين مختلف الأماكن التي يتم فيها التنفيذ. إن ما يعيننا هنا هو أن لكل طائفة من العقود أداءً مميزاً جوهرياً وحاسماً^(١).

ثالثاً: بمقتضى فكرة الأداء المميز يحدد الباحث القانون الواجب التطبيق باعتماد طريقة سهلة ومرنة نسبياً، تبدو ملائمة لكل طائفة من طوائف العقود، وفي عين الوقت يكون لها صفة الثبات بحسبان أنها تحترم توقعات الأطراف بصورة واضحة وذلك بتكريس الحل الملائم لطبيعة العقد. ويتم ذلك دون أن يستغرق الباحث جهده في البحث عن "تكيفات" تبدو عصية التحديد ودون بحث في العناصر الخارجية عن العقد وذلك بالنظر في الظروف والملابسات التي تحوط به، ومن غير انحباس في إطار ضوابط عامة (مثل

(١) Schnitzer (A), les contrats en droit international privé suisse. cours la Haye 1968. Tome 123, P. 545 etss. V. P. 562; Freymond cours la Haye. 1970. op. cit., P. 13

هذا ويذكر الأستاذ (A.) Schnitzer (ص ٥٦٢ - ٥٦٣) أنه يكفى للوقوف على الأداء المميز في العقد أن نعرف أن العميل هو الذي يتوجه إلى التاجر والمباشر يتوجه إلى مؤسسة النقل، والمريض إلى الطبيب وذلك للحصول على الأداء المهني لهؤلاء الأشخاص الطبيعية أو المعنوية الذين يؤدون نشاطاتهم بصورة فعالة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية. وهكذا فإن تحديد ضابط الإسناد الخاص بعلاقة محدثة أمر لا يتوقف على العناصر الخارجية وإنما بالنظر إلى طبيعة الالتزام الحقيقية ويستند إلى العنصر الذي يميز كل طائفة من طوائف العقود. والملاحظ في الاقتصاد الحديث أن المقابل الذي يقدمه الطرف الآخر يتمثل في الأداء النقدي en monnaie. هذا المقابل لا ينسحب عليه وصف الأداء المميز في العقود. والأداء الذي يتم المقابل النقدي وفاء له قد يتمثل في نقل ملكية الشيء (مثل البيع والهبة) أو تقديم الائتمن أو الخدمة (العمل أو النقل أو التأمين) .. الخ. وهكذا فإن الطبيعة الحقيقية، la vraie nature، للشيء مركز النقل في الالتزام يمكن الكشف عنها والوقوف عليها من خلال النظر إلى كل التزام على حدة دون اعتداد بمحل إبرام التصرف أو بمحل تنفيذ العقد. ومن الميسور تحديد مضمون الأداء المميز لكل التزام من غير عوز لافتراض مصضع ومن غير وضع إسناد مسبق لضابط ينطبق على سائر العقود. مثل مكان التنفيذ أو مكان الإبرام، ومن غير حاجة للبحث عن الإرادة المقترضة للأطراف. هذا المنهج المبسط يكمن في حكم تقديري يتفق وخصوصية كل عقد كما يكون غير مجد أيضاً - في تحديد القانون الواجب التطبيق - موطن، أو جنسية المحض الذي ينقل الأداء المميز.

محل الإبرام أو محل التنفيذ) عن طريق صياغة إسناد جامد وموحد لكافة العقود - أياً كانت طبيعتها - وبصرف النظر عما قد تتميز به بعض العقود من خصوصية وذاتية^(١). وفي عبارة مركزه فإن نظرية الأداء المميز تحقق "المرونة المتطلبة لإدراك العدالة لكونها تفرق في الإسناد بين طوائف العقود ذات الطبيعة المتنوعة دون أن يؤدي ذلك إلى الإخلال بتوقعات الأفراد لكون اختلاف التركيز لا يترد إلى تنوع ظروف التعاقد وملابساته الواقعية في كل حالة على حدة، وإنما إلى طبيعة الرابطة العقدية ومحل الأداء المميز فيها، مما يمكن الأفراد من العلم المسبق بقاعدة الإسناد التي تحدد سلفاً القانون الواجب التطبيق على مثل العقد المزمع إبرامه"^(٢).

رابعاً: إن نظرية الأداء المميز وإن كانت تعتمد في تحديدها للأداء على عدم التقيد بإسناد عام محدد سلفاً، وإنما تنظر إلى الطبيعة الخاصة لكل طائفة أو فئة من فئات العقود، إلا أن الذي لا شبهة فيه أن الإسناد إلى فكرة الأداء المميز هو إسناد "وظيفي" Fonctionnelle، بمعنى أنه إسناد يربط العقد بالنظام القانوني الذي يحقق فيه وظيفته الاقتصادية والاجتماعية^(٣). إنه إسناد ينظر إلى جوهر العقد، إلى طبيعة الأشياء، وإلى مركز الثقل فيه، إلى الأداء الذي يميز التصرف والمكان الذي يجب أن يتم فيه هذا الأداء^(٤). ففي ظل نظرية الأداء

(١) في هذا المعنى، Adof F. Schnitzer العقود في القانون الدولي الخاص السويسري. دروس لاهاي ١٩٦٨، المرجع السابق، ص ٥٧٤.

(٢) الدكتور هشام صادق، الموجز في القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين ١٩٩٣. (الفنية للطباعة والنشر)، ص ٣١٣، وفي القانون السويسري أنظر Schnitzer المرجع السابق، ص ٥٧٩، François Knoepfler العقد في القانون الدولي الخاص السويسري الجديد، المرجع السابق، ص ٩٠.

(٣) Schnitzer، المرجع السابق، ص ٥٧٨ وما بعدها وص ٥٩٤، والمراجع المشار إليها في هذا المعنى.

(٤) Adoff F. Schnitzer، المرجع السابق، ص ٥٧٨ - ٥٧٩. ويسطر الأستاذ قونه (ص ٥٧٩ - ٥٨٠) بأن هناك مؤسسات تجارية وصناعية، ومصارف ومؤسسات للنقل العام والخاص، وشركات تأمين ومحامين وأطباء ومهندسين وغيرهم، وكل أولئك يمارسون وظائفهم في الحياة الاقتصادية والاجتماعية للإنسان، وذلك بأن يبرموا عقوداً مع عملائهم. والعميل حين يبرم أياً من هذه العقود فإن هذه الأعمال تتم بصورة=

المميز يكون من الميسور الوقوف على أكثر القوانين اتصالاً بالعلاقة التي يتطلبها جانب كبير من التشريعات الحديثة^(١) حيث يفترض أن هذا القانون هو قانون الدولة التي يوجد بها موطن أو إقامة الشخص الذي يتعين عليه القيام بالأداء المميز في العقد. بعبارة أخرى، فإن فكرة الأداء المميز هي التي تكشف ببساطة عن أكثر القوانين اتصالاً بالعقد، فتجعل من هذا الضابط الأخير ضابطاً من أبرز صفاته أنه مؤكد ويحمى توقعات الأطراف^(٢).

خامساً: وإذا أردنا أن نرسم صورة للأداء المميز لقلنا هو ذلك الأداء الذي يؤديه الملتزم به في العقد والذي يقابله من الطرف الآخر أداء نقدي. ففي معظم العقود الملزمة لجانبين يوفى أحد الطرفين بمبلغ نقدي بوصفه مقابلاً للالتزام الذي أداه الطرف الآخر. فهناك ثمن البضاعة في عقد البيع، والأجرة في عقد الإيجار، وتذكرة السفر المدفوع قيمتها في عقد النقل، والقسط في عقد التأمين ... وهكذا. والبيّن من هذه الأمثلة أن السعر أو الثمن المدفوع *Le prix* ليس هو الأداء المميز في خصوص طائفة من العقود. وعلى النقيض من ذلك يكون أداءً جوهرياً ذلك الأداء الذي يقوم به البائع بتسليم البضاعة، والمُجرر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، والناقل في عقد النقل، والمؤمن في عقد التأمين ... وهكذا. ولا شبهة في أن الأداء يظهر بصورة "أكثر تميزاً" في الفرض حيث يبرم أي من هؤلاء الأخيرين العقد في "نطاق مهني" أي محترفاً لمهنته كالناقل في عقد النقل والمؤمن في عقود التأمين والمصرف في

= متعددة في حياته، ولا يمثل أي منها مركز وجوده. والحال كذلك، فإنه يمكن استخلاص نتيجة مؤداها أن الرابطة القانونية إنما يجب أن تندرج في النظام القانوني الذي تؤدي فيه وظيفتها.

وفكرة النظام القانوني الذي يمارس فيه العقد وظيفته الاقتصادية والاجتماعية قال بها آخرون في الفقه. أنظر ذات المرجع ص ٥٨٠ وهامش ١ و ٢ من ذات الصفحة.

(١) أنظر هذه التشريعات مذكورة عند:

Evangelos Vassilakakis, orientations méthodologiques dans les condofications recentes du droit international privé en Europe, Paris 1987, No 285 P. 242 – 243 et les notes citées.

(٢) في هذا المعنى، Vassilakakis، المرجع السابق، ص ٢٤٣.

العمليات البنكية. وهكذا وبالتطبيق لهذه المعانى وجدنا أن التشريعات المتقدمة ومعها الاتفاقات الدولية وأحكام القضاء قد خلصت إلى أنه عند عدم الاتفاق على تطبيق قانون معين فإن القانون الذى يجب إعماله هو قانون الدولة التى يربطها بالعقد أكثر الروابط صلة. ويتحدد هذا القانون بالاستناد إلى فكرة الأداء المميز: قانون الدولة التى يوجد بها إقامة أو مقر الشخص أو مركز المنشأة (إن كان شركة أو شخصاً معنوياً). وهكذا ينطبق قانون البائع فى عقد البيع، والمؤجر فى عقد الإيجار والناقل فى عقد النقل والمؤمن فى عقد التأمين والمستشار القانونى فى عقود الاستشارات القانونية، والمصرف أو الفرع التابع له فى العمليات المصرفية الدولية، والمودع لديه فى عقد الوديعة، والمقرض فى عقد القرض، والواهب فى عقد الهبة والناشر فى عقود النشر. والسمنار فى عقد السمسة والوكيل بالعمولة فى عقد الوكالة بالعمولة ... وهكذا^(١).

ساساً: لا شبهة فى أن "نظرية الأداء المميز" هى بدورها تقوم على عملية تركيز موضوعى للعقد^(٢). وهى من هذه الزاوية تقطع كل وصل "بالنظرية الشخصية" وتتشابه مع نظرية الأستاذ باتيفول بالمعنى الذى أوضحناه، غاية ما هنالك أنها تجرى التركيز ههنا على أساس النظر إلى طبيعة الرابطة العقدية ذاتها وبالتفتيش فى مكونات الالتزامات التى يقوم بها أطراف العلاقة دون أن تلقى بالأمرات والملابسات المصاحبة لإبرام العقد.

هذا، ويجب أن يكون واضحاً فى الذهن، أن اعتماد معيار الأداء المميز ليس مرده وحسب ما يتسم به هذا المعيار من يسر وسهولة من زاوية أن أمر تحديد الدولة التى يوجد بها محل إقامة المدين به لا يثير عتناً ولا يرهق باحثاً. وإنما يركبه أن التركيز ههنا أمر يتفق وتوقعات الأطراف ويحقق الأمان القانونى ويخدم مصالح التجارة الدولية.

(١) أنظر فى أمثلة أخرى عديدة، أستاذنا لاجارد، مقاله السابق الإشارة إليه، المجلة الانتقادية للقانون الدولى الخاص، ١٩٩١، فقرة ٢٩ ص ٣٠١ - ٣٠٩.
(٢) لاجارد، المجلة الانتقادية ١٩٩١، المرجع السابق، فقرة ٢٦ ص ٣٠٦.

ينضاف إلى هذا، أن المدين بالأداء المميز عادةً ما يكون العمل داخلاً في نطاق مهنته ونشاطه الذي يمارسه على سبيل الاحتراف ويكون من الملائم عندئذ أن تخضع سائر العقود – والفرض فيها أنها متماثلة – التي يبرمها لإمرة قانون واحد هو – من حيث المبدأ – قانون دولته الذي يحكم نشاطه ويحدد نطاق أعماله ويخضعه لقواعد والتزامات تتسم في الغالب بالطابع الأمر وهو ما يجري العمل على تسميته بالقوانين ذات التطبيق الصروري. ولا يجب أن يحمل هذا المعنى أبداً على أن فيه تكريساً لحماية الطرف القوي على حساب الطرف الضعيف، ذلك أنه ليس بالضرورة أن يكون قانون الملتزم بتقديم الأداء المميز في العقد مكرساً لحماية أكبر لهذا الطرف^(١). وليس للمتعاقد الآخر أن يتأذى من شيء: ذلك وأنه قد توجه إلى محترف من الخارج ليبرم معه عقداً معيناً – عقد نقل مثلاً، أو عملية مصرفية – فإن عليه أن يتحمل مخاطر التجارة الدولية وأن يتوقع – كأمر طبيعي – قيام هذا المحترف لمهنته بأن يبرم الصفقات المتعلقة بتلك المهنة على مقتضى القواعد المعمول بها في قانونه هو وليس في أي قانون آخر.

سابعاً: من هذا المنظور الأخير يمكن لنا أن نرصد معنى واضحاً وبارزاً: أياً كان الجدل حول نظرية الأداء المميز، فإنها أصبحت من النظريات الراسخة عند الجانب الغالب من التشريعات المعاصرة. ومن مقتضى العمل بهذه النظرية أن العمليات المصرفية تخضع من حيث المبدأ لقانون المصرف القائم بالعملية بحسبان أنه الطرف صاحب الأداء المميز في العملية. هذا هو المبدأ العام وهو مبدأ يخضع لاستثناءات في كل مرة يثبت فيها للقاضي من خلال عملية تحليل أن المصرف القائم بالعملية لم يكن هو صاحب الأداء

(١) في هذا المعنى استاذنا لاجارد، المرجع السابق، المجلة الانتقادية ١٩٩١، ص ٣٠٨ هامش ٦٠.

المميز، وهو ما يبرز بصورة واضحة في الفرض حيث تتم العمليات المصرفية فيما بين المصارف بعضها البعض.

٢. موضوع العملية المصرفية وكيفية تحديد الطرف صاحب الأداء المميز^(١):

La prestation caractérisé par l'objet du contrat:

المبدأ في هذا الشأن ببساطة ينحصر في الآتي: موضوع العملية المصرفية الدولية المقدم من المصرف سواء أكان شيئاً أم خدمة يعد من غير شك هو الأداء الجوهرى أو المميز للعملية إذا قورن بالأداء المقدم من العميل. ولذا يجمع الفقهاء على أن تطبيق قانون البنك يدعمه بالدرجة الأولى كون الأداء المقدم من البنك هو الأداء المميز في العملية محل التعاقد^(٢).

هذا هو المبدأ الغالب. على أن ما نقول به هنا ليس صياغة لقاعدة عامة مجردة، وإنما هو استخلاص قائم على التحليل بحسب الغالب من الأحوال. وإذا كان ذلك هو الحال، فإن من المتصور في عملية مصرفية ذات طبيعة دولية أن يكون الأداء المميز مقدماً من العميل لا من البنك. وعندئذ يكون قانون العميل هو الواجب التطبيق - متى لم يتفق على قانون آخر صراحة - بحسبان أهمية الأداء المقدم من العميل بالنظر إلى موضوع التزامه. خذ على ذلك مثلاً عقد الكفالة الذي قد يبرم بين عميل ومصرف معين لضمان تنفيذ إحدى العمليات المصرفية الدولية ويكون فيه المصرف وليس العميل هو المستفيد من الكفالة (المكفول). لا شبهة أن قانون الضامن، وهو العميل - بوصفه صاحب الأداء المميز - هو الواجب التطبيق اللهم إلا إذا اتفق الطرفان

(١) في شرح هذه الفكرة وإيراد تطبيقات متعددة لها أنظر Kegel، المرجع السابق، ص ١٨٥ والمراجع المشار إليها فيه هامش ٣٢ و٣٣ من ذات الصفحة.

(٢) V. Stoufflet, Jcl. Banque et credit, Fasc 120. Banque et opérations de banque en droit international, op. cit., N° 61 et 64; les conflits de lois en matières d'opération de banque, rapport précité, P. 209; Lousseuam et Bredin, op. cit., P. 732; Mattout, Droit Bancaire international op. cit., P. 51; Fouchard, R. J. C. 1984, op. cit., No 11, P. 71, Gavalda, REq. Dalloz dr. int, op. cit., No 36; Freymon, cours la Haye, 1970, op. cit., PP. 12 - 14.

صراحة على تطبيق قانون المصرف أو غيره^(١).

هذا، والنظر إلى موضوع العملية المصرفية بوصفه شاهداً على أن المصرف هو الطرف الذي يقوم بالعمل الفذ أو المميز أو الجوهرى فى العملية نظر يعين الباحث فى الوقوف على القانون الواجب التطبيق فى الفرض حيث تكون العملية المصرفية الدولية بين مصرفين. فمن البديهي فى هذه الحالة أن صفة القائم بالعملية لا تسعف الباحث ذلك أن لطرفى العملية المصرفية صفة واحدة، فكلاهما بنك. عند ذلك يجب النظر إلى موضوع العملية للوقوف على صاحب الأداء المميز. فالغالب أن تسفر عملية التحليل عن أن يأخذ أحد المصرفين وضع العميل والآخر وضع المصرف المقدم للأداء المميز. وعلى أى وجه، نحن هنا لا نضع مبدأ عاماً وإنما نرصد حكماً غالباً قد تكذبه شواهد أخرى. والحال كذلك فالأمر يتوقف على البحث والنظر فى كل مسألة على حدة خاصة وأن تنفيذ العملية المصرفية الواحدة قد يتدخل فيه أكثر من بنك كما سيجئ تفصيلاً. ومنتقل من هذا العموم إلى الخصوص المتعلق بالعملية المصرفية الدولية. وفى هذا الشأن يمكن للباحث أن يرصد أمرين:

أولهما: أن البنك يتصرف فى العمليات المصرفية بوصفه الطرف الذى يقوم بتقديم الأموال أو الخدمات أو الائتمان للملاء الذين يطلبون منه هذه الخدمة المصرفية بمعناها الواسع: فهو يبادل عملة بأخرى، ويقرض مالا ويشترى ويبيع قيمة منقولة وينفذ اعتماداً مستندياً ويفتح حساباً ويحصل للعميل

(١) فى هذا المعنى Mayer فى تدخله فى التعليق على تقرير الأستاذ جاك مستر، تنازع القوانين فى مسائل التأمينات الشخصية، منشور فى أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص، ١٩٨٦-١٩٨٨، ص ٥٧، اقرأ ص ٨٠ حيث يقول الأستاذ Mayer: "Cela dit, les arguments qui mettent en avant la loi de la banque me paraissent aussi importants. Sulement, ils soulèvent d'autres problèmes. Parce que ce n'est pas nécessairement la banque qui est caution: la banque est parfois bénéficiaire de cautionnement, et alors il y aura bien un conflit entre la loi de la banque et la loi de la prestation caractéristique. Je pencherais plutôt pour la loi de la prestation caractéristique. Etant entendu que la banque pourra imposer souvent sa proper loi par sa force dans la négociation".

قيمة أوراق تجارية وغير ذلك من العمليات المختلفة التي سنراها. وفي كل مرة يدخل فيها في علاقة من هذه العلاقات مع أحد العملاء، فإن قانون المصرف يبدو هو أكثر القوانين تأهيلاً لحكم هذه العلاقة، بحسبان أنه قانون الدولة التي يوجد بها الطرف المقدم للأداء المميز في العملية، وهو أداء جوهرى أو فذ يمثل مركز الثقل في العلاقة. وهذه أوصاف يكشف عنها كون القائم بها أو مقدمها إنما يمارس ويحترف العمل المصرفى. وبعبارة أخرى، فإن الأداء المميز ههنا يتم الوقوف عليه من واقع الوظيفة أو المهنة التي يحترفها مقدم هذا الأداء. ومن جانب آخر، فإنه إذا تمت العملية المصرفية بين بنكين، فإن القانون الذى يجب تطبيقه هو قانون دولة البنك صاحب الأداء المميز بالنظر إلى موضوع العقد أو العملية المصرفية. فالقرض من بنك إلى بنك يحكمه قانون البنك المقرض، وبيع القيم المنقولة يحكمه قانون البنك القائم بالبيع^(١).

ثانيتها: إن تطبيق قانون البنك صاحب الأداء المميز بالنظر إلى مهنة مقدم العمل أو بالنظر إلى موضوع العملية المصرفية ذاتها أمر يستجيب أو يستوعب معايير أخرى قال بها الفقه والقضاء فى كثير من الدول وما يزال يرددها من ضرورة "تركيز" العلاقة فى مكان معين وتطبيق قانون المكان الذى يتم فيه هذا التركيز، أو تطبيق قانون الدولة التى يوجد بها "مركز الثقل" فى العلاقة، أو "العنصر الأساسى" فيها، أو قانون الدولة التى يربطها بالعقد "رباط وثيق" وغير ذلك من المعايير المختلفة التى قيل بها والتي لا تخرج فى معناها عن "ضرورة وجود رابطة قوية ومتينة - توصف بأنها معبرة أو وثيقة - بين الدولة والعقد"، وهى الرابطة التى يكشف عنها الأداء المميز.

(١) فى هذا المعنى Kegel، المرجع السابق، ص ١٨٧ والمراجع المشار إليها فيه، هامش (٣٩ - ٢) من ذات الصفحة.

المبحث الثاني القانون الذي يحكم العمليات المصرفية التي يلتزم فيها المصرف بإرادته المنفردة

ثمة بعض العمليات المصرفية التي تقوم بها البنوك يكون أساس التزام المصرف فيها هو إرادته المنفردة كما هو الحال مثلا في الاعتمادات المستندية وبخاصة التزام البنك في مواجهة البائع المستفيد.

صحيح أن الالتزام بالإرادة المنفردة في القانون المدني المصري بوصفه مصدرا قانونيا من مصادر الالتزام لا يزال مصدرا ضيقا قاصرا على حالة الوعد بالجائزة (م ١٦٢ مدني)، إلا أن ذلك لا يمنع من الاعتداد بهذه الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في الموائد التجارية متى جرى العرف التجاري على ذلك. فالعمل بالأعراف التجارية في المسائل التجارية مقدم على العمل بأحكام القانون المدني (المادة ١/٢ من قانون التجارة الجديد)^(١).

والسؤال الذي يطرح نفسه: إلى أي مدى تبني المادة ١/١٩ مدني ملاءمة لحكم الالتزام الذي ينشأ بالإرادة المنفردة؟ بعبارة أخرى، هل يمكن تطبيق حكم المادة ١٩ على العمليات المصرفية الدونية التي تنشأ بالإرادة المنفردة؟ لبيان ذلك، علينا أن نحلل مدى ملاءمة كل ضابط من الضوابط التي أوردتها المادة ١/١٩ مدني على هذا النوع من العمليات.

(١) ويذهب فقه القانون المدني إلا أن نشوء الالتزام بالإرادة المنفردة ليس قاصرا على الوعد بجائزة. "فهناك حالات أخرى ينشأ فيها الالتزام بإرادة منفردة: ١- إرادة الموجب المنفردة هي مصدر الإيجاب الملزم (م ٩٣ مدني) ٢- ونحوه الخاصة هي شخص اعتباري ينشأ بالإرادة المنفردة وهي إرادة المؤسس الذي يخصص مالا له لتفرض المقصود بمقتضى سند رسمي أو هبة، فينشأ عن هذه الإرادة المنفردة التزام على عتق المؤسس أو ورثته بأن ينقل إلى المؤسسة ما خصص لها ٣- وتقضى المادة ١٠٦٦ بأنه يجب على الحائز أن يذكر في الإعلان أنه مستعد بوفى بالديون المقيدة إلى القدر الذي قدم به العقار. فالحائز في تضيير العقار أمر مؤثرا رسميا يلتزم بمجرد هذا الإعلان ويكون مصدر التزامه هو الإرادة المنفردة" الدكتور رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، ٢٠١١ دار الجامعة الجديدة، ص ٨٠.

أولاً: مدى ملائمة ضابط الإرادة لعلم الالتزام بالإرادة المنفردة

لنفترض مثلاً أن مؤسسة مالية كبرى مصرية رصدت جائزة كبرى لمن يكتشف علاجاً ناجعاً لعلاج مرض "الالتهاب الكبدي" في غضون عامين من تاريخ الوعد، ولنفترض مثلاً أن مكتبة الإسكندرية أطلقت وعداً بجائزة كبرى لمن يُعد بحثاً قيماً بشروط صارمة عن العلم وإعجازه في القرآن الكريم، وكان الوعد موجهاً لعلماء الكون دون تمييز.

في هذين المثالين وغيرهما نكون بصدد التزام بالإرادة المنفردة. فإذا كان الذي أنجز الاكتشاف الأول أمريكياً، والذي فاز بالبحث الثاني ماليزياً فما هو قانون الإرادة الذي يمكن أن نتصور تطبيقه؟ لقد رأينا في العقود الدولية أن أطراف العقد هم الذين يتفقون صراحة أو ضمناً على اختيار قانون أو أكثر لحكم عقدهم الدولي سواء تم هذا الاختيار وقت إبرام عقدهم أو في تاريخ لاحق على ذلك.

مثل هذا الاختيار لا يتصور أن يتحقق في حالة الالتزام بالإرادة المنفردة. ففي الوعد بجائزة مثلاً – وهو التطبيق الوحيد الذي تكلم عنه المشرع المصري (م ١٦٢ مدني) – نكون بصدد إرادة واحدة هي التي تنشئ الالتزام وهي إرادة الواعد، ويتعين أن يوجه هذا الوعد إلى الجمهور وليس إلى شخص معين بالذات. ويتطلب ذلك أن يكون توجيه الوعد بشكل علني بإعلام الكافة به. كما يوجد الالتزام بالإرادة المنفردة من الوقت الذي يفصح فيه الملتزم عن إرادته دون حاجة إلى صدور إرادة مقابلة من الطرف الآخر الذي يقوم بالعمل ولو كان هذا الأخير قد قام بالعمل دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو حتى دون أن يعلم بها. وإذا حدد الواعد أجلاً للقيام بالعمل فليس له أن يرجع عن الوعد قبل انقضاء هذه المدة المحددة. فلو كان أحد الأشخاص قد بدأ العمل خلال هذه المدة ولم يتمه فلا يستحق الجائزة. أما إن أتمه خلال الميعاد استحق الجائزة ولو لم يعلم بوجود هذا الوعد. وإذا قام أحد الأشخاص بالعمل وأتمه قبل صدور الوعد فإنه يستحق الجائزة ويصبح دانئاً للواعد من وقت الإعلان عن الجائزة.

الاختلاف واضح بين العقد والالتزام بالإرادة المنفردة. والسؤال: هل هذا معناه أن هذا الأخير لا يخضع لحكم المادة ١/١٩ مدنى أى لا يصح إعمال قانون الإرادة بشأنه ولا يصح تبعاً أن يقال - من باب التفسير - بأن قانون الإرادة هنا يُقصد به القانون الذى يختاره الملتزم صراحة أو ضمناً. فلا صراحة نص المادة ١/١٩ مدنى تسمح به، ولا الحكمة من تقنينه - وهى تشجيع التجارة الدولية - يمكن أن تتحقق؟ ثم إن الملتزم قد يتخير قانوناً ضاراً بمصالح الطرف الآخر ومن ثم يمكنه أن يأخذ بالشمال ما أعطى باليمين.

فى ضوء ما تقدم نقرر أن قانون الإرادة، بمعنى القانون الذى يختاره الأطراف صراحة أو بصورة ضمنية (مؤكد) لا يطول التصرفات التى ينشأ فيها الالتزام بإرادة واحدة. وإن أمكن تفسيره بصورة تسمح بسريانه على هذا النوع من الالتزامات، فإن هذا الضابط يبدو غير ملائم.

ثانياً: مدى ملزمة قانون الموطن المشترك:

قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا موطناً هو القانون الذى يحكم العقد الدولى فيما لو تخلف الاختيار الصريح أو الضمنى (م ١/١٩ مدنى). وهذا اختيار فرضه المشرع ولا دخل لإرادة الأطراف فيه. وقد فرسه المشرع اعتقاداً منه أن هذا القانون هو أكثر القوانين اتصالاً بالعقد فى حالة غياب الاختيار من أطراف العلاقة الدولية. هذا الاختيار له مفترضات:

- أن يكون هناك طرفان على الأقل فى الرابطة العقدية.
- أن يكون لكل منهم موطن معلوم (أو محل إقامة دائم). وتحديد معنى الموطن يتم بالرجوع إلى القانون المصرى بحسبان أن الأمر يتعلق بمسألة تفسير نص من نصوص القانون المصرى.
- أن يكون هذا الموطن مشتركاً بين الطرفين، فلا محل لإعمال هذا الضابط إن اختلف موطن الطرفين. ومتى كان موطن الطرفين مشتركاً فإن هذا الضابط يتحقق ولو كان لكل منهم موطن آخر فى الخارج، حتى ولو اختلف هذان الموطنان الآخران. فالقانون الفرنسى مثلاً هو الذى ينطبق إذا

كان للمتعاقدين موطن مشترك في فرنسا، ولو كان لكل من هذين الطرفين مواطن أخرى مختلفة بأن يكون لأحدهما موطن ثان في ألمانيا وللآخر موطن ثان في بلجيكا.

ويأتى هذا الضابط ثانياً بعد غياب الاختيار الصريح أو الضمنى.

وحيث أنه لا يوجد في الالتزام بالإرادة المنفردة إلا طرف واحد هو الملتزم فإن فكرة الموطن المشترك، لا يعمل بها في مجال الالتزامات بالإرادة المنفردة.

ثالثاً: مكان محل إبرام التصرف:

في الترتيب يأتى بعد قانون الإرادة وقانون الموطن المشترك قانون محل الإبرام ليحكم العقد الدولي وفق نص المادة ١/١٩ مدنى. وقد سبق أن حددنا المقصود بمحل إبرام التصرف وقلنا بأن العقد يتم بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين (م ٨٩ مدنى) ومن هذا الوقت يصير كل من المتعاقدين ملزماً بما التزم به. كما يُنتج التعبير عن الإرادة أثره من الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه. ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك (م ٩١ مدنى) ويعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفى الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك. ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان وفى الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول (م ٩٧ مدنى).

أما فى الالتزام بالإرادة المنفردة فإننا لا نكون إلا بصدد شخص واحد هو الملتزم بإرادته المنفردة، وهو يصير ملتزماً من وقت تعبيره عن إرادته هو منفرداً. ففى الوعد بجائزة مثلاً يكون الواعد ملزماً بما وعد بمجرد أن يعلن عن إرادته متى استوفى هذا الإعلان شروط الوعد بجائزة التى نص عليها المشرع. فإذا صدر عنه إعلان موجه إلى الجمهور وليس إلى شخص معين بالذات، وكان الإعلان صادراً عن ذى إرادة، وتوافر فى محل الوعد الشروط المتطلبية فى محل الالتزام عموماً (من حيث التعيين والإمكان والمشروعية)، وكان

لالتزام الواعد سبب هو العمل الذى رصدت له الجائزة، فإن الواعد يصبح ملزماً فى مواجهة من ينجز هذا العمل. وفى هذه الحالة يعتبر الالتزام بالإرادة المنفردة قد نشأ من الوقت الذى يتم فيه إعلان الجائزة إلى الجمهور وفى ذات مكان النشر. فإذا كان النشر قد تم عن طريق إحدى الصحف اليومية فإن الوعد يعتبر قد تم فى مكان إصدار الصحيفة والغالب أن يتطابق المكان الذى يتوطن أو يقيم فيه الواعد بالجائزة والمكان الذى يتم فيه الإعلان إلا أن الاقتران بين المكانين قد لا يتحقق فى حالات أخرى.

ونعود مرة أخرى طرح السؤال: عندما وضع المشرع المصرى المادة ١/١٩ مدنى بوصفها قاعدة إسناد تسرى بشأن العقود الدولية، فهل اتجه قصده إلى إعمال ذات الضابط بالنسبة للالتزامات التى تنشأ بالإرادة المنفردة؟
يمكن للباحث المحلل أن يتصور موقفين فى هذا الشأن:

أولاً: قد يذهب البعض إلى الإجابة على هذا السؤال بالإيجاب مستنداً فى ذلك إلى ما يلى:

١- عندما وضع المشرع المصرى القانون المدنى سنة ١٩٤٨ أورد فيه قواعد الإسناد (المواد من ١١ - ٢٤)، كما أورد - متأثراً إلى حد ما بالنظام الألماني - الالتزام بالإرادة المنفردة وإن كان قد قصر الأمر على الوعد حائزاً.

وقد وضع المشرع قاعدة إسناد خاصة بالعقود الدولية ولم يأت على أية قاعدة بالنسبة للالتزام بالإرادة المنفردة رغم أنه نظم هذا الالتزام بالمخالفة للنظام الفرنسى. وهذا معناه أن المشرع أراد أن يشمل الأمرين (العقود والالتزام بالإرادة المنفردة) بقاعدة إسناد واحدة تحكمهما.

٢- لو كان المشرع يرى غير ذلك ما أعياه السبيل فى النص على قاعد إسناد خاصة بالالتزام بالإرادة المنفردة.

٣- إعمال ضابط الإسناد الخاص "بالالتزامات التعاقدية" والوارد في المادة ١/١٩ بالنسبة للإلتزام بالإرادة المنفردة أمر سهل متى تم تفسير هذا النص تفسيراً يتلاءم وطبيعة الإلتزام الانفرادي. وعلى ذلك يجب أن يُفهم قانون الإرادة على أنه القانون الذي يحدده الملتزم بالإرادة المنفردة، ويجب أن يُفهم قانون الموطن المشترك على أنه قانون موطن الملتزم بالإرادة المنفردة، وأخيراً يجب أن يفهم قانون محل الإبرام على أنه قانون الدولة التي يُعلن فيها الملتزم إرادته إلى الجمهور. وكل هذا أمر منطقي بحسبان أننا نوجد في الإلتزام بالإرادة المنفردة إزاء إرادة واحدة باتة وجازمة في الإلتزام.

ثانياً: وقد يرى آخرون - وهذا ما نعتقده - أن المشرع قد رصد المادة ١/١٩ لتسرى بشأن الإلتزامات التعاقدية الدولية وحدها دون الإلتزام بالإرادة المنفردة. وهؤلاء - ونحن منهم - قد يدعمون رأيهم بما يلي:

١- عبارة نص المادة ١/١٩ قاطعة جازمة في أن الأمر يتعلق بقاعدة إسناد خاصة بـ "الإلتزامات التعاقدية"، وهذه لا تنشأ إلا بإجماع إرادتين. والنص ذاته يتكلم عن شخصين، عن إرادتين، وعن قانون متفق عليه منهما صراحة أو ضمناً. فإن تخلف هذا الاختيار فإن النص يتكلم عن قانون "الموطن المشترك" لطرفين على الأقل وليس لشخص واحد كما في الإلتزام الانفرادي.

٢- لو كان المشرع يقصد سريان هذا النص على الإلتزامات بالإرادة المنفردة لنص على ذلك صراحة، خاصة وأنه قد نظم هذا الإلتزام بين نصوصه بصورة استثنائية في القانون المدني.

٣- ثم إن المشرع عول على قانون الإرادة لا اعتبارات قدرها أبرزها أن أطراف العقد إذ يختارون قانوناً معيناً ليحكم عقدهم الدولي فإنما يقصدون بذلك تطبيق قانون معروف لديهم سلفاً، يعرفونه ويعلمون أنه يحقق مصالحهم ويحقق مصالح التجارة الدولية ويُبقي على حيال الوصل قائمة بينهم. إنهم لا يختارونه رجماً بالغيب ولا تسوقه الصدفة، ولا يقدمه الحظ.

مثل هذه الاعتبارات لا شك مُنتفية فيما لو كان الذى يترك إليه الاختيار هو الملتزم فى الالتزام بالإرادة المنفردة. فقد يختار قانوناً يحقق مصالحه الخفية يُمكنه من أن يحصل بالشمال على ما قدمه باليمين.

ثم إن قانون محل الإبرام قد توجه إليه سائر الانتقادات التى يتعرض لها هذا الضابط من أنه قد يكون عرضياً ساقته الصدفة، منبت الصلة بالعلاقة لا تتوافر فيه الوحدانية ولا يصلح مقراً للعقد^(١).

يبقى أن الضابط الوسيط وهو ضابط الموطن المشترك فى العقود، ويقابله موطن الملتزم بالإرادة المنفردة. هذا الضابط هو أكثر الضوابط فى تقديرنا ملاءمة لحكم الالتزام بالإرادة المنفردة.

٣- ونحن نرى مع ذلك، أنه بدلاً من تبويض نص المادة ١/١٩ والأخذ بأحد الضابطين الإحتياطيين، وهو قانون الموطن، وهذا ما تأباه قواعد التفسير وتلفظه أبسط أحكام المنطق نرى أن فى مقدورنا أن نصل إلى تقرير ذات الحل من خلال بناء قائم بذاته له أصالته وهو ما يتمثل فى صناعة أو صياغة قاعدة إسناد جديدة. لكن كيف يتم ذلك؟

٤- إن الحل الأمثل فى تقديرنا هو القول بأن حكم المادة ١/١٩ مدنى قاصر على الالتزامات التعاقدية الدولية دون الالتزامات التى تصدر بالإرادة المنفردة، وأن هذه الأخيرة ليس لها قاعدة إسناد خاصة بها.

ويجب فى تقديرنا أن نبحث عن الحل الملائم عندئذ بالرجوع إلى نص المادة ٢٤ مدنى التى تنص على أنه "يتبع فيما لم يرد فى شأنه نص فى المواد السابقة (من ١١ - ٢٣) من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولى الخاص".

وبمراجعة موقف التشريعات المقارنة فى هذا الشأن نجد أن عدداً قليلاً من التشريعات وقلّة من الفقهاء هم الذين تصدوا لمسألة القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التى تنشأ بالإرادة المنفردة.

(١) الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٤٢٤.

فعلى مستوى التشريعات نجد فقط أن كلا من التشريعين الإيطالي والروماني قد تصدى بتكريس قاعدة تنازع خاصة بهذا النوع من الالتزامات. وفى ذلك تنص المادة ٣٥٨ من القانون الإيطالي رقم ٢١٨ الصادر فى ٣١ مايو ١٩٩٥ على أنه " يخضع الالتزام بالإرادة المنفردة لقانون الدولة التى أعلن فيها الواعد (كما فى الوعد بالجائزة مثلا) عن التزامه". كما تنص المادة ٦٩ من القانون الروماني رقم ١٠٥ الصادر فى ٢٢ سبتمبر ١٩٩٢ على أنه: "الشروط الموضوعية للالتزام الناشئ بالإرادة المنفردة تخضع للقانون الذى يختاره الملتزم *La loi que son auteur choisit*. فإن لم يكن طبق قانون الدولة التى يرتبط بها التصرف بأوثق الروابط... " (١).

إلى ذلك فإن الفقهاء الذين قالوا بأن الالتزام بالإرادة المنفردة ليس عقداً رأوا أنه لا يخضع للقانون الذى يحكم العقود الدولية (٢).

وهذا كله معناه أننا بصدد منطقة شاغرة تحتاج إلى اجتهاد يرجع القاضى المصرى إلى " مبادئ القانون الدولى الخاص".

إذن نحن بصدد مسألة لا نص فيها، مسألة اجتهادية يقع على عاتق القاضى أن "يخلق" لها قاعدة إسناد ملائمة خلاصتها تطبيق قانون موطن أو محل إقامة المدين بالأداء المميز فى العملية محل الالتزام. وإذا كان المدين شخصاً اعتبارياً أو منشأة سرى قانون الدولة التى يوجد بها مركز الشخص أو مقره أو المكان الذى يمارس فيه نشاطه. ويتحدد هذا القانون بالنظر إلى الوقت الذى يُعلن فيه المدين بالالتزام إرادته إلى الجمهور. وبهذا التحديد تنحسم مسألة التنازع المتحرك، فلا تقيم اعتباراً لقانون الموطن الذى يتحول إليه المدين بالالتزام بعد ذلك.

(١) راجع فى هذه التشريعات وفى الفقه المقارن، الأستاذ أميه علوان، المرجع السابق، فقرة ٢١ ص ١٢٣ والحواشى والمراجع المشار إليها عنده.

(٢) الأستاذ أميه علوان، المرجع والموضع السابقين.

واجتهاد القاضى فى مثل هذا الفرض يستند إلى حكم المادة ٢٤ مدنى مصر كما أكدنا أكثر من مرة. ويجب أن يفهم معنى " مبادئ القانون الدولى الخاص " التى يرجع إليها القاضى المصرى لبناء قاعدة التنازع الخاصة بالالتزام الناشئ بالإرادة المتفردة على أنها المبادئ القانونية التى تنسجم والنظرية العامة لتنازع القوانين وتتفق ومقاصد هذا الفرع من الدراسات القانونية والمتمثلة فى اختيار أكثر القوانين اتصالاً بالعلاقة وأكثرها تحقيقاً لمقاصد المشرع الوطنى ولا تلفظها لديه الأصول الكلية لأحكام قانونه.

ولا شك لدينا فى أن تطبيق قانون موطن الملتزم بالإرادة المنفردة يستجمع كل ما من شأنه أن يزكى أعمال هذا القانون: ففى هذا المكان تسود قواعد التطبيق الحتمى أو الضرورى، وفيه يتم تنفيذ المصرف لالتزامه، وهو مكان معلوم لكل من يتعامل مع المصرف، فالمتعاملون مع المصرف هم الذين يسعون إليه فى هذا المكان ويفرغون إرادتهم فى الصيغ التى يصوغها البنك ويجعل منها قواعد موحدة.

إلى ذلك فإنه يتضافر لتزكية هذا الحل كافة الحجج والأسانيد التى قدمناها لتطبيق قانون المصرف بالنسبة للتصرفات المصرفية لمعتبرة عقوداً ذات طبيعة دولية. ومن ثم ستكون نتيجة الأخذ بهذا الحل ميلاد "حدث سعيد" ويفرح له فقه وقضاء القانون الدولى الخاص وهو "وحدانية" القانون المطبق على أغلب جوانب العملية المصرفية المركبة ذات الطبيعة الدولية. وبذلك نتواجد أمام جانبية لا تقاوم لقانون المصرف سواء تعلق الأمر بتصرفات مصرفية لها صفة العقد الدولى " أو كان لها صفة "الالتزام الناشئ بالإرادة المنفردة" ذى الطبيعة الدولية.

وعلى ذلك إذا كان الملتزم بالإرادة المنفردة مصرفاً كما هو الحال فى العلاقة بين البنك والمستفيد فى الاعتماد المستندى فإن القانون الواجب التطبيق

هو قانون الدولة التي يوجد بها المركز الرئيسي للبنك الملتزم في مواجهة المستفيد كما سنرى تفصيلاً.

المبحث الثالث

تطويع نص المادة ١/١٩

بشأن العمليات المصرفية بالاستعانة بحكم المادة ٢٤ مدنى

من يتأمل ماقلناه حتى هذه اللحظة يمكنه أن يرصد الأحكام القانونية التي أكدنا عليها وهي:

(١) أن العمليات المصرفية الدولية منها ما له طابع العقد، ومنها ما له طابع الالتزام بالإرادة المنفردة.

(٢) بالنسبة للعمليات التي لها طابع العقد الدولي أكدنا على أن هذه العمليات المصرفية تظل مختلفة عن العقود العادية من حيث محتواها الاقتصادي ووظيفتها القانونية والاجتماعية. فهي عمليات تعمل على مقتضى فنيات وآليات خاصة بها بما يجعل قانون الإرادة بشأنها لا ينطبق إلا فى حدود معينة على الأقل فى ظل الصياغة التي عليها نص المادة ١/١٩ مدنى مصرى.

(٣) إذا كان للعملية المصرفية صفة العقد الدولي فإنها تخضع وفق نص المادة ١/١٩ لقانون الإرادة الصريحة أو الضمنية بشرط أن تكون هذه الإرادة مؤكدة، يمكن للقاضى أن يقف عليها ببسر ودون عناء.

أما إذا غاب الاختيار - سواء كان صريحاً أو ضمناً - فإن ضوابط الإسناد الاحتياطية التي جاءت بها المادة ١/١٩، وهي قانون موطن المتعاقدين إن إتحدوا موطناً، وإلا فقانون محل الإبرام، تبدو غير ملائمة لحكم هذه العمليات. وفى ذلك قلنا إنه يجب أن يُستعاض عن هذه الضوابط

الاحتياطية غير الملازمة للعمليات المصرفية بضابط قانون الدولة التي يوجد بها المصرف القائم بالعملية متى كان لالتزامه صفة الأداء المميز بالمعنى الذي حددناه.

(٤) بالنسبة للمسائل السابقة حتى هذه اللحظة انصب اجتهادنا على ثلاثة مسائل: أولاً: يجب أن يكون الاختيار الضمني (الذي تكلمت عنه المادة ١٩/مدنى) مؤكداً يتضح بصورة جلية من بين ثنايا نصوص العقد أو تكشف عنه ظروف التعاقد ذاتها. وعلى القاضى أن يُبين ذلك فى حكمه. ثانياً: الضوابط الاحتياطية التى تضمنتها المادة ١/١٩ مدنى وإن كانت ملازمة للقيود العادية، فإنها لا تبدو كذلك بالنسبة للعمليات المصرفية الدولية التى لها صفة العقد. ولذلك يتعين استبعادها وإحلال قاعدة إسناد جديدة فى حدود هذا الشق مفادها تطبيق قانون المصرف المدين متى كان لالتزامه صفة الأداء المميز. ثالثاً: أنه وعلى الرغم من أن نص المادة ١/١٩ جاء عاماً مرسلاً لم يشترط أية صلة بين العقد والقانون المختار إلا أننا نرى ضرورة وجود صلة قوامها أن تكون للأطراف مصلحة مشروعة، جدية وحقيقية فى هذا الاختيار.

الاجتهادات الثلاثة التى سطرناها فى الحدود السابقة يتعين أن يتم إسنادها لإرادة تشريعية. وثمة أحد سبيلين لا ثالث لهما: إما أن نتوجه بما نراه اجتهاداً فى صورة خطاب إلى المشرع يأخذه فى الحسبان إن عن له التدخل للتغيير. وإما أن يتوجه الخطاب إلى القاضى ليطبق هذا الاجتهاد عملاً طالما وجد فى نصوص القانون ما يسنده من الوجهة التشريعية.

لقد رأينا فى هذه المرحلة أن يكون فحوى اجتهادنا موجهاً الخطاب فيه إلى القاضى. وقد رأينا أن سندنا فيما اجتهدنا فيه هو نص المادة ٢٤ من القانون المدنى التى تنص على أنه " تتبع فيما لم يرد فى شأنه نص فى المواد السابقة

من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص". فالخطاب في هذا النص موجه إلى القاضى يدعوه فيه إلى الاستعانة بالمبادئ العامة الأكثر شيوعاً بين الدول في مسائل القانون الدولي الخاص وذلك بالكشف عن الأصول العامة في مواد التنازع.

هذه المبادئ العامة التى نصت عليها المادة ٢٤ لا يُرجع إليها فقط - والرأى لنا - فى حالة غياب قاعدة الإسناد، وإنما يرجع إليها إذا كانت هناك قاعدة إسناد غير مناسبة أو غير ملائمة أو لتقييد حكم نص عام وغير ذلك كما سنرى.

منطق الاستناد إلى نص المادة ٢٤ مدنى:

لقد اعترض الأستاذ أمية علوان^(١) على ما ذهبنا إليه من اجتهاد عندما قلنا بعدم ملاءمة الضوابط الاحتياطية التى تنص عليها المادة ١/١٩ مدنى بالنسبة للعمليات المصرفية وأنه يتعين الاستعاضة عنها بتطبيق قانون موطن أو محل إقامة المدين بالأداء المميز فى العملية. فسيادته يرى أن استنادنا إلى نص المادة ٢٤ مدنى لاستبعاد الضوابط الاحتياطية المنصوص عليها فى المادة ١/١٩ فى خصوص العمليات المصرفية الدولية (التي لها صفة العقود) أمر غير مقنع من وجهة نظره. فالرجوع إلى هذا النص - فى تقديره - لا يكون إلا حيث لا يجد القاضى قاعدة إسناد فى المواد من ١١-٢٣ بخصوص المنازعة المطروحة عليه^(٢).

(١) الأستاذ الفقيه أمية علوان، المرجع السابق، ص ١٩٢.

(٢) وفى ذلك كتب يقول:

"Le recours de 'Abd al-'Aal à l'article 24 du Code civil égyptien pour asseoir la solution qu'il avance et defend n'est pas, à notre avis, convaincant. Sa solution quant aux contrats bancaires implique un écart par rapport à la règle de conflit de lois"

والواقع أن اجتهادنا هذا وفهمنا لنص المادة ٢٤ مدنى بوصفه يتضمن
كنزاً من الإبداع المتاح للقاضى - بمعاونة الفقه - ليس حديثاً ، ويتضح ذلك
متى أبرزنا الحقائق التالية:

أولاً: ما المقصود بمبادئ القانون الدولى الخاص؟ يستقر الرأى - عند
من أخذ بمثل هذا المصدر - على أنه يُقصد بها المبادئ الأكثر شيوعاً بين
الدول. فهناك حلول خاصة بمسائل تنازع القوانين استقرت - بعد تطور - فى
مادة بعينها أو أكثر من مواد التنازع بحيث أصبح لها وصف "الشيوع" و
"الاشتراك" بين الدول. وقد أوجبت أعمالها فى كل دولة حركة اتصالها
وعلاقتها بغيرها، وتمثلت فى الحكم لأنها تلبى حاجات مشتركة عندها فجاءت
ترجمة صادقة وأمينة لأسباب ودوافع متشابهة. يجب إذن أن تتوافر معطيات
معينة حتى يمكن الرجوع إلى هذه المبادئ:

(١) أن تطرح أمام القاضى مسألة تثير تنازعا بين القوانين لا يوجد لها
فى مواد التنازع التى عندها المشرع، حكم. عندئذ نكون بصدد فراغ تشريعى
يتعين على القاضى أن يسده. ومن هناك كان هذا المصدر الرسمى: الرجوع
للمبادئ العامة للقانون الدولى الخاص. مثال ذلك - فى القانون المصرى مثلاً -
أن المشرع لم يضع قاعدة إسناد فى خصوص كثير من المسائل مثل النسب
بكافة أنواعه، والحضانة وحق الدائنية، والقانون الذى يحكم الجانب الموضوعى
فى الأوراق التجارية بما لها من خصوصية، والأهليات الخاصة وأهلية
الوجوب وبطلان الزواج. ولهذا يتعين على القاضى أن يرجع فى شأن هذه
المسائل وغيرها إلى مبادئ القانون الدولى الخاص.

=prevue á l'article 19, alinéa 1 du Code civil égyptien qui ne permet le recours á l'article 24 que dans le cas d'absence d'une solution de conflit de lois dans le Code civil."

أكثر من ذلك، فإن رجوع القاضى فى هذه التشريعات لا يقف عند حد الفروض التى لا توجد بشأنها قاعدة تنازع من الأصل، وإنما يمكن أن يرجع أيضاً إلى هذه المبادئ ليقيد حكماً عاماً، أو لا يراد استثناءات على مبدأ عام صاغه المشرع ولم يعد قادراً على مواجهة التطورات الحديثة للحياة الخاصة الدولية. فللقاضى مثلاً - والرأى لنا - أن يرجع إلى هذه المبادئ فى شأن العقود الدولية ليستلزم فى الإرادة الضمنية أن تكون "مؤكدة" أو لتفسير النص الخاص بحرية الأفراد فى اختيار القانون الذى يحكم علاقتهم ذات الطبيعة الدولية وما إذا كان يلزم وجود صلة بين القانون المختار أم لا، وكذلك لتفسير قاعدة التنازع التى بمقتضاها تخضع الالتزامات غير التعاقدية للقانون المحلى وذلك فى الفرض حيث تتوزع عناصر الفعل ليكون الخطأ فى دولة والضرر فى أخرى. كما يرجع إليها لإخراج بعض مفردات خاصة من حكم القاعدة العامة. من ذلك مايجرى عليه الفقه من إخراج عقد العمل والالتزامات الصرفية الدولية من نطاق قانون الإرادة والبحث عن قانون آخر أكثر ملاءمة ليحكمها وهكذا.

(٢) أن يتم الرجوع إلى هذه المبادئ فى وقت محدد، هو وقت الفصل فى النزاع. فالأمر يتعلق باختيار حكم القانون الواجب التطبيق على المنازعة الماثلة أمام القضاء. ومن هنا يتعين أن يكون لهذه المبادئ وصف المبادئ العامة المشتركة المعمول بها فعلاً فى هذا الوقت بالتحديد. فإذا كان العمل بها قد توقف قبل ذلك فإنها تفقد هذا الوصف ولا تكون صالحة لحكم النزاع. وإن طبقتها القاضى كان بذلك مخالفاً لحكم القانون لأنه يكون قد طبق قاعدة غير التى أمره بها مشرعه.

(٣) أن تكون هذه المبادئ العامة شائعة أو مشتركة بين غالبية التشريعات. والشيوخ والاشترار غالباً ما يلتصقان بصفتى الثبات والاستقرار لهذه القواعد عند الدول التى تأخذ بها. ومن هنا يتعين البحث عنها فى مصادرهما

الأصلية والاحتياطية في هذه القوانين وبالأخص في النصوص التشريعية وفي أحكام القضاء، وعند الثقات من رجال الفقه فيما لو لم تكن ثمة تطبيقات قضائية. ومن هذا المنظور يظهر بوضوح ذلك الدور الفذ الذي يمكن للفقه أن يؤديه للكشف عن هذه المبادئ عن طريق الدراسات المقارنة^(١). فالأمر في منبعه يتعلق بنشاط ذهني من القاضي للكشف عن المبدأ العام، ولكنه نشاط مقيد بقيود جوهرية إن انتفت انتفى عن عمله الذي أمره به المشرع وصف القاعدة القانونية:

١- أن يكون للحل المقال به صفة المبدأ العام عند الغالبية من التشريعات. وهذا الكشف هو نتاج جهد مشترك - كما ذكرنا - بين الفقه والقضاء.

وقد راعى المشرع بإيراد هذا المصدر أن يكون تحت يد القضاء وسيلة تمكنه من مساندة التطورات التي تلحق موضوع تنازع القوانين بوصفه موضوعاً تتطور فيه الأفكار بسرعة يصعب معها استيعاب كافة فروض التنازع بنصوص تشريعية، فكان من الخير - والحالة هذه - أن يفسح المشرع المجال لاجتهاد الفقه والقضاء " ولا تثريب على القاضي إذا هو استعان في استخلاص هذه المبادئ بالقانون المقارن، حيث أصبحت مادة التنازع محلاً لدراسات عالمية ساعدت في كشف أصولها الفنية وتوضيح معالمها"^(٢).

٢- يجب أن يتخير القاضي من الحلول ما يتسق مع الأسس الفنية التي يقوم عليها تشريعه هو ومع الاتجاهات السياسية السائدة في دولته^(٣). من ذلك

(١) الدكتور محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، ١٩٨٠،
فقرة ٢٥، ص ٣٩.

(٢) الدكتور محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، ١٩٨٠،
فقرة ٢٥، ص ٣٩.

(٣) الدكتور محمد كمال فهمي، المرجع السابق.

مثلاً أن المشرع الإماراتي لم يحدد القانون الواجب التطبيق على التبني نشأة واثاراً. هذا النظام يحتاج في نشأته إلى إجراءات معينة غير معروفة في دولة الإمارات العربية. وعلى ذلك يجب أن يأتي اجتهاد القضاء ومعه الفقه - وهو يساعده - مراعيًا ما يتسق مع هذه الأسس الفنية بحيث لا يجوز في دولة الإمارات إقرار التبني ولو بين غير المسلمين. فالاعتبارات الفنية التي يقوم عليها تنظيم التبني وتشريعه تحول دون نشوئه في هذه الدولة.

يبقى أن نورد الملاحظات الآتية:

* إن عبارة " مبادئ القانون الدولي الخاص " تشير حتماً إلى مبادئ القانون الدولي السائدة عند غالبية التشريعات على وجه شائع. فدراسة تنازع القوانين حديثة في معظم التشريعات، فكان من الطبيعي أن يظل تنازع القوانين فرعاً فقيراً في حاجة ماسة لأن يستقى الكثير من أحكامه من المبادئ الشائعة في مختلف الدول.

* أن المشرع قد جعل هذا المصدر خاصاً بتنازع القوانين وحده دون سائر موضوعات القانون الدولي الخاص بما فيها قواعد الاختصاص القضائي الدولي. ويرجع ذلك لما تتميز به قواعد التنازع عن غيرها من قواعد القانون الدولي الخاص " بقيامها على أسس مشتركة " أسهمت في صناعة جملة مبادئ شائعة بين الدول^(١).

* الحلول التي يقررها القاضي بالاستناد إلى هذا المصدر هي محض حلول مستقاة من مبادئ مستخلصة من نظم وطنية داخلية من الصعب ردها إلى مصدر دولي ملزم.

(١) الدكتور فؤاد رياض والدكتورة سامية راشد، والدكتور غياث عبد الحميد ثابت، تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في القانون اليمني، ١٩٩٠، فقرة ٤٩، ص ٤٨.

* إن الذى يخلق قاعدة الإسناد بمقتضى هذه المبادئ هو القضاء بمساعدة الفقه. والأمر هنا لا يتعلق بدور تفسيري للقضاء، إنه دور خلاق ومنشئ. وإذ جرى القاضى هذا الخلق فإنما يجريه ملتزماً بالأمر الموجه إليه من مشرعه.

* لكن ما الذى يكشف عنه القاضى بمقتضى الرجوع إلى المبادئ العامة للقانون الدولى الخاص فيما لم يرد بشأنه نص من أحوال تنازع القوانين؟ هل يكشف عن قاعدة إسناد، أم عن حل موضوعي؟

فى تقديرنا أن الرجوع إلى هذه المبادئ يقدم للقاضى أداة طيعة للاجتهاد لتغطية معظم حالات النقص التى تواجهه وهو بصدد أعمال قواعد تنازع القوانين:

(أ) فمن خلال النص يكون للقاضى أن ينشئ قاعدة إسناد غير منصوص عليها.

(ب) قد يقيد القاضى - من خلال هذه المبادئ - من الحكم العام الوارد فى قانونه فيخرج من نطاق قاعدة الإسناد - فى حدود معينة - بعض مفرداتها. فالعلاقات المصرفية الدولية تخضع لقانون الإرادة الصريحة، فإن لم تكن هناك إرادة صريحة فإنها تخضع لقانون المصرف الذى يقوم بالعملية المصرفية أو ينفذها عند تعدد المصارف القائمة بالعملية. والأوراق التجارية تخضع لقانون محل الوفاء ما لم يكن هناك اختيار صريح ظاهر فى الورقة التجارية ذاتها إعمالاً لمبدأ الكفاية الذاتية.

(ج) قد يكون الرجوع إلى هذه المبادئ وسيلة القاضى لتفسير نص عنده. صحيح أن تفسير قاعدة الإسناد (وهو يختلف عن التكييف) أمر يرجع فيه للقاضى إلى قانون دولته إلا أنه يمكن أن يسترشد بهذه المبادئ.

والمنهج ذاته يجريه القاضى مثلاً عند قيامه بالتكليف. فهو وإن كان ملزماً بالرجوع إلى قانونه إلا أن له أن يستأنس بالقانون المحتمل التطبيق وبالمبادئ الساندة فى القانون المقارن.

(د) وقد يكون الرجوع إلى هذه المبادئ وسيلة القاضى للكشف عن حكم موضوعى لا عن قاعدة إسناد. أكثر من ذلك فقد تُتخذ هذه المبادئ أساساً للقول بوجود ما يقتضى استبعاد القانون المختص وإحلال قانون القاضى محله. من ذلك إمكانية الاستناد إليها لإعمال نظرية الغش نحو القانون، وسواء كان هذا الغش نحو قانون القاضى أو نحو قانون أجنبى.

هكذا يبدو لنا المجال الواسع الذى تفتحه فكرة المبادئ العامة للقانون أمام القاضى فى نطاق مسائل تنازع القوانين. وهو دور ينمو وينضج متى تمت الاستعانة بالدراسات المقارنة بفضل جهد مشترك بين الفقه والقضاء.

ثانياً: فى الطبعة الأولى من مؤلفنا "تنازع القوانين فى الأوراق التجارية" الذى صدر سنة ١٩٨٨ أكدنا على خلاف جمهور الفقهاء فى مصر الذين تصدوا لهذا الموضوع مايلى:

(١) أن المادة ٢٠ مدنى الخاصة بحكم شكل التصرفات القانونية بوجه عام غير ملائمة لحكم شكل الالتزامات المصرفية. فهذا النص يشير إلى ضوابط مثل قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين وقانون الموطن المشترك لهما، تتأبى على القبول فى شأن الأوراق التجارية. وأكدنا أنه يتعين على القاضى المصرى أن يبحث عن ضابط الإسناد الملائم. ويتحقق ذلك إجتهداً باستناده إلى المادة ٢٤ مدنى مصرى. وقد أكدنا يومئذ أن هذه المبادئ العامة تفضى إلى إخضاع شكل الالتزام المصرفى وأخذاً بما هو معمول به فى اتفاقات جنيف - لقانون الدولة التى ينشأ فيها الالتزام المصرفى. وفى الحالة التى يكون فيها هذا الالتزام

الصرفى غير صحيح شكلاً طبقاً لقانون محل الإبرام فإن هذا البطلان لا ينال من صحة الالتزامات اللاحقة التى تنشأ صحيحة فى مصر.

هذا الاجتهاد الذى قلنا به فى خصوص الأوراق التجارية إستناداً إلى المادة ٢٤ مدنى مصرى لعدم ملائمة ضابط الإسناد المتضمن فى المادة ٢٠ مدنى والخاص بالتصرفات القانونية العامة، فنه المشرع المصرى فى القانون التجارى الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩. وفى ذلك نصت المادة ٣٨٧ منه على مايلى: " ١- يخضع شكل الالتزامات بموجب الكمبيالة لقانون الدولة التى صدرت فيها. ٢- ومع ذلك إذا كان الالتزام غير صحيح شكلاً وفقاً لأحكام القانون المصرى فلا يكون لعيبه الشكلى أثر فى صحة الالتزام اللاحقة التى تنشأ بموجب الكمبيالة فى مصر". كما تنص المادة ٤٨١ على مايلى: " ١- يخضع شكل الالتزام بموجب الشيك لقانون الدولة التى صدر فيها. ٢- ومع ذلك إذا كان الالتزام غير صحيح شكلاً بموجب القانون المشار إليه فى الفقرة السابقة ولكنه صحيح شكلاً وفقاً لأحكام القانون المصرى فلا يكون لعيبه الشكلى أثر فى صحة الالتزام اللاحقة التى تنشأ بموجب الشيك فى مصر.

(٢) وعندما تعرضنا للقانون الذى يحكم الأهلية اللازمة لنشوء الالتزام الصرفى أكدنا أن القواعد العامة المنصوص عليها فى هذا الشأن فى المادة ١١ مدنى الخاصة بالتصرفات القانونية عموماً تبدو غير ملائمة لحكم أهلية الالتزام الصرفى. وفى ذلك قلنا: " إن اخضاع الأهلية لقانون جنسية الملتزم - كما هى القاعدة العامة فى شأن التصرفات عموماً - أمر يثير صعوبات بالغة فى خصوص الأوراق التجارية. فمن الصعوبة بالنسبة للحامل الأخير للورقة أن يقف على جنسية الملتزمين فيها، وتزداد الصعوبة كلما إزداد عدد الملتزمين فى الورقة وهكذا. وبدلاً من أن يصبح تواتر التوقيعات على الورقة التجارية مصدر ثقة فيها يغدو مبعث قلق وعدم اطمئنان وهو ما تتناقل

معه الورقة فى التداول! الأمر الذى قد يعيق عملها فى نطاق التجارة الدولية بصورة غير مرغوب فيها. وفى ضوء ذلك أكدنا - فى الطبعة الأولى من مؤلفنا فى تنازع القوانين فى الأوراق التجارية - أن قضاءنا المصرى مدعو أيضاً بهذه المناسبة إلى البحث عن القانون الذى يحكم أهلية الالتزام المصرفى لعدم ملاءمة حكم المادة ١١ مدنى مصرى فى هذا الشأن نظراً لما للأوراق التجارية من طبيعة خاصة بها. وقلنا إن الأجدر أن يطبق فى هذا الصدد قانون محل إبرام التصرف جنباً إلى جنب مع قانون الجنسية. فيكفى أن يكون التصرف صحيحاً من وجهة نظر أى من هذين القانونيين، الأمر الذى يترتب عليه عدم تطبيق قانون الجنسية، إلا إذا كان أقل تشدداً من قانون محل إبرام التصرف. والقول بغير ذلك، إعمالاً لقانون الجنسية وحده - كما هو الشأن فى التصرفات القانونية بصفة عامة - من شأنه أن يودى إلى التضحية بالانتمان المصرفى وهى لا شك نتيجة خطيرة بالنسبة للتجارة الدولية: فحامل الورقة، يصعب عليه من ثم تحديد أهلية الملتزم صرفياً، ومع ذلك يكون معرضاً لأن يدفع فى مواجهته من قبل من يتم الرجوع عليه بنقص أهليته أو انعدامها، وإلى أن يثبت غش الملتزم أو تدليسه تكون الورقة قد تجردت من الثقة والانتمان وفقدت أهم خصائصها من كونها معدة للتداول السريع.

وعند صدور التقنين التجارى الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ استجاب المشرع لما دعونا إليه حرفياً فكان أن نصت المادة ٣٨٨ منه على ما يلى:

"١- يرجع فى تحديد أهلية الملتزم بموجب الكمبيالة إلى قانون الدولة التى ينتمى إليها بجنسيته. ٢- وإذا كان القانون الواجب التطبيق يعتبر الملتزم بموجب الكمبيالة ناقص الأهلية فإن التزامه يبقى صحيحاً إذا وضع توقيعاً على الكمبيالة فى دولة يعتبره قانونها كامل الأهلية".

ثالثاً: استنادنا إلى حكم المادة ٢٤ لابتداع حل يلائم بعض التصرفات القانونية خروجاً على حكم المادة ١/١٩ مدنى ليس بدعاً ولنا فى مسلك محكمتنا العليا الأسوة الحسنة. فالمحكمة لم تخضع أحد العقود الدولية وهو عقد العمل لحكم المادة ١/١٩ مدنى، وذلك نظراً لطبيعة هذا العقد. ففى حكم لها فى ١٥ ابريل ١٩٦٧ أكدت المحكمة أنه " يسرى على العقود التى يبرمها أصحاب الأعمال مع عمالهم ومستخدميهم القانون المعمول به فى الجهة التى يوجد بها مركز إدارة هذه الأعمال. فإذا كان المركز الرئيسى فى الخارج وكانت فروعها فى مصر هى التى أبرمت هذه العقود فإن القانون المصرى يكون هو الواجب التطبيق، فقد رأت المحكمة أن الطبيعة الخاصة بعقد العمل تجعله يتأبى على الخضوع لحكم المادة ١/١٩ مدنى^(١).

رابعاً: ما تقول المذكرة الإيضاحية من أن المشرع قد راعى أن تكون صياغة المادة ١٩ مرنة حتى لا تقطع على القضاء سبيل الاجتهاد ولا تحول دون الانتفاع من كل تطور مقبل فى حركة الفقه"^(٢) أمر لا يمكن تحققه إلا إذا جاورنا بين نص المادتين ١/١٩ و ٢٤ مدنى. فالمجاورة بينهما هى وحدها التى تمكن القاضى من الاجتهاد بالخروج على حكم الأولى - استناداً إلى المادة ٢٤ - متى كانت غير ملائمة، أو لتقنين حكم عام، أو لتبرير حكم قائم". فذلك كله

(١) انظر فى التفاصيل، الدكتور هشام صادق، تنازع القوانين ١٩٩٣، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٦٩١ ومابعدها.

ويذهب الأستاذ الدكتور هشام صادق (ص ٦٨٤) إلى أن " تطور العلاقات الخاصة الدولية قد أظهر ... أنواعاً من العقود نفلت من مجال إعمال قاعدة الإسناد التقليدية فى شأن الالتزامات التعاقدية وتخضع لقواعد موضوعية من خلق القضاء أو العرف الجارى فى المعاملات الدولية..."

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ١، ص ٢٩١.

يحب أعماله جنباً إلى جنب مع حكم الفرض الذي لا توجد له قاعدة إسناد بالمره
كما رأينا بالنسبة للالتزامات التي تنشأ بالإرادة المنفردة.

الفصل الثانی إنطباق قانون المصرف بمقتضى قوانين البوليس ذات التطبيق الضرورى

يذهب الفقه الراجح^(١) والمؤيد لتطبيق قانون البنك على العمليات المصرفية إلى أن هذا التطبيق يرتكز - من بين ما يرتكز إليه - إلى أنه فى هذا المكان تسود القواعد ذات التطبيق الحتمى أو الضرورى. وفى عبارة معادلة فإن قانون البنك ينطبق آنذاك بوصفه من القوانين المسماة بقوانين البوليس. فلا شبهة فى أن القوانين التى تهدف إلى حماية الائتمان العام تندرج فى طائفة القوانين المعتمدة من قوانين البوليس^(٢).

ويحسن ابتداءً أن نلقى الضوء على بعض جوانب القوانين المسماة بالقوانين ذات التطبيق المباشر^(٣) والتى جرى التعبير عنها بمسميات مختلفة - حتى من قبل مبتدعها - تارة باسم "قوانين البوليس"^(٤) وأخرى باسم "القوانين

(١) لوسوارن وبريدان، قانون التجارة الدولي، المرجع السابق، فقرة ٦٥٩ ص ٧٣٥ - ٧٣٦، Mattout، القانون المصرفى الدولي، المرجع السابق، فقرة ١٢ ص ٥٢ - ٥٣ وفقرة ١٩ ص ٥٩ وما بعدها؛ Stoufflet، تنازع القوانين فى مسائل عمليات البنوك، ص ٢١٠.

(٢) لوسوارن وبريدان، المرجع السابق، ص ٧٣٦.

(٣) V. Franciscakis (Ph.), la théorie du renvoi et les conflits de systemes en droit international prive, thèse, Paris Sirey 1958, No 7 ets. P. 11 ets: Quelques précisions sur les lois d'application immediate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois. Rev. crit. 1966. P.1. et s; Rep. Dalloz dr. int., T.I. 1968. Vo Conflits de lois (Principes generaux) No 122; lois d'application immediate et droit du travail. Rev. crit. 1974. P. 273 et s; y a t-il du nouveau en matière d'ordre public. trav. com. Fr., 1966-1969. P. 149. V. précisément P. 163 ets. Karaquillo, étude de quelques manifestations de lois d'application immediate dans la jurisprudence fraçaise de droit international privé. Thèse, limoges, 1972 ed. P. U.F. 1977; Graulich, règles de conflit et règles d'application immediate, Mélanges Dabin. P. 629 ets

(٤) Mayer, Droit international privé, 4 éd. 1991, No 122 ets. P. 87 etss; Loussouarn et Bourel, précis de droit international privé, 1980, No 126. P. 145 ets.

ذات التطبيق الضروري"^(١). لا شبهة في أن هذه التسميات جميعا يجمعها عامل مشترك واحد هو أنها تنطوي على أسلوب أو منهجية مغايرة لمنهجية تنازع القوانين في شأن المسألة الخاصة بتعيين القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية ذات الطابع الدولي.

وهي تسميات ليست على أي حال جامعة ولا مانعة من حيث الدلالة على حقيقة المقصود منها. ومع ذلك فإنها تعنى جميعاً أمراً محدداً في نطاق القانون الدولي الخاص: أن هناك بعض القواعد القانونية في قانون القاضى المختص بالفصل في النزاع لا تقبل البيئة أن تزامنها في حكم المنازعة أية قواعد أخرى أجنبية. فقواعد قانون القاضى تستأثر بحكم هذه العلاقة مما دفع البعض، عند وصفه لها، بأنها قواعد ضد التنازع anti - règle de conflit.^(٢)

متى رسخ في الذهن هذا المعنى صح في نظرنا بعد ذلك أن يستخدم للتعبير عنها اصطلاح "قوانين البوليس" أو "القوانين ذات التطبيق الضروري"، أو "القوانين ذات التطبيق المباشر"^(٣) متى كان معروفاً سلفاً الموضوع الذى تتعلق به في نطاق القانون الدولي الخاص.

(١) Se predunt. les lois d'application nécessaire etant que lois d'ordre public. Rev. (١) crit. 1977. P. 257 ets; aussi Mayer. op. cit., No 122 et 124 - 125

ويبدو ان الأستاذ مايير يتكلم عن ضرورة التطبيق لهذه القواعد باعتبار ذلك نتيجة حتمية لما تتصف به القواعد محل البحث وكونها تعد من قوانين البوليس.

ويذهب الدكتور أحمد قسنت الجداوى الى القول بأن تعبير "القوانين" ذات التطبيق الضرورى يبدو انه أصدق في بيان المقصود في تلك النظرية، اقرأ له: نظرية القوانين ذات التطبيق الضرورى ومنهجية تنازع القوانين (مستخرج من مجلة العلوم القانونية والاقتصادية)، ١٩٨٥، ص ١ وما بعدها، أنظر ص ٥٥؛ وأنظر أيضاً الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضرورى وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ١٩٨٥، فقرة ٣٣ وما بعدها، ص ٤٠ وما بعدها.

(٢) André Chapelle. les fonctions de l'ordre public endroit international privé. these Paris II. 1979. No 49. P. 51.

(٣) وربما كان ذلك من شأنه أن يفسر لنا أن من يستخدم أياً من هذه الإصطلاحات عادة ما يستخدم أيضاً - كمرادفات - الإصطلاحات الأخرى المذكورة في المتن بل وغيرها. أنظر مثلاً Chapelle وظائف النظام العام في القانون الدولي الخاص، رسالة بيزيس، ٢، ١٩٧٩، فقرة ٤٠٢، ص ٤٤١.

ولدراسة القوانين ذات التطبيق الضروري وأثرها على العمليات المصرفية يحسن بنا أن نعرض بإيجاز شديد للنظرية العامة في ذاتها (مبحث أول) ثم نتناول المسألة الخاصة بتطبيق قانون البنك بوصفه من قوانين البوليس ذات التطبيق الضروري (مبحث ثان).

المبحث الأول النظرية العامة لقوانين البوليس

يقصد بالقوانين ذات التطبيق المباشر مجموعة القواعد الموضوعية التي تقوم داخل النظام القانوني الوطني والتي تبلغ في أهميتها لمجتمع الدولة حداً يحول دون دخولها في منافسة مع القوانين الأجنبية، ويتعين - من ثم - تطبيقها تطبيقاً مباشراً دون نظر إلى تصنيفها وما إذا كانت تنتمي إلى القانون العام أو القانون الخاص ودونما عوز لإعمال منهج قواعد الإسناد^(١).

والبين من هذا التعريف أن القواعد ذات التطبيق المباشر هي قواعد قانونية تتولى بذاتها تحديد مجال انطباقها^(٢). ولها من الطبيعة الخاصة ما يلزم معه إنزال حكمها الموضوعي على المسائل الواقعة في مجال تطبيقها ومن غير حاجة إلى إذن من قواعد إسناد. إنها تفلت - بحسب طبيعتها - من منهجية التنازع فلا يعرض بالنسبة إليها أي احتمال للتزاحم معها في التطبيق من جانب القوانين الأجنبية^(٣). فنظرية القوانين ذات التطبيق الضروري تركز، في حل مشكلة القانون الواجب التطبيق على عملية تحليل للقواعد الموضوعية الوطنية وبيان ما يعد منها ضروري التطبيق وما لا يعد كذلك. ولعل منهجية القواعد ذات التطبيق الضروري تلتقى - في شأن تحليلها للقواعد الوطنية - مع منهجية مدرسة الأحوال التي كانت تجرى على تقسيم القوانين بحسب مجال تطبيق كل

(١) Franciscakis, Rep. dalloz dr. int, Vo Conflits de lois (Principes généraux) No 124.

(٢) De Nova (R.), Conflits de lois et normes Fixant leur propre domaine d'application, in Melanges Maury, Tome 1, 1960, P. 377 et s.

(٣) Franciscakis, Quelques précisions ..., op. cit. P. 8.

ضامنة منها^(١). هذه المنهجية تختلف عن منهجية تنازع القوانين التي تتخذ سندها من تحليل العلاقة القانونية محل البحث في عناصرها المختلفة مستهدفة الكشف عن القانون الذى يربطه بهذه العناصر رباط وثيق فيتم اختياره لحكم هذه العلاقة القانونية.

إن ثمة أسبابا تبرر أفراد معالجة - فى هذا الشأن - للمسألة الخاصة بنظرية القوانين ذات التطبيق المباشر.

أول هذه الأسباب - وتلك ميزة تنسب لهذا النوع من القواعد - ما بدأ فى العصر الحديث على أثر تدخل الدولة من أن هناك قواعد قانونية فى دولة القاضى لا يتصور أن يزاحمها غيرها من القوانين الأجنبية. هى وحدها تكون واجبة التطبيق دون سواها. ومن هنا يمكن القول بأن القوانين ذات التطبيق المباشر لا تتحدد بطريقة مزدوجة الجانب من خلال منهجية التنازع التقليدية التى تطرح فى وقت واحد إمكانية تطبيق قانون القاضى وإمكانية تطبيق قانون أجنبى. إن طوائف الإسناد التقليدية لا يمكنها أن تستوعب بعض النظم القانونية الحديثة التى لا يتصور أن يسرى بشأنها إلا قانون القاضى الوطنى. ويرجع حيب ظهور قوانين البوليس هذه إلى تزايد تدخل الدولة فى كافة المجالات نتيجة التأثير بالمذاهب الاشتراكية التى سادت حتى فى عقر دار النظم الرأسمالية ذاتها. وأيا كان حظ عالية "الخصخصة" وما تحمله من ردة - فى تقديرنا - بالنسبة للدولة النامية ومنها مصر، فإننا لا نستطيع أن نقلل من الدور التدخلى للدولة فى مجالات عديدة وفى مطلعها المجال الاقتصادى. فالدولة عبر نظامها القانونى هى التى تسهر على تنظيم ورعاية كثير من المسائل الاقتصادية مثل عمليات الائتمان والرقابة على النقد، وعمليات الصرف والعمليات المصرفية واسعار الفائدة وحماية المستهلك. كما تدخلت الدولة لحماية الطرف الضعيف فى كثير من العقود وفى مقدمتها عقد العمل وعقد إيجار الأماكن. ولبلوغ كمال

Karquillo, op. cit. No 18, P. 21.

(١)

التنظيم في هذه المسائل وجدنا أن الدولة راحت تنظمها بقواعد أمره لا يمكن للأفراد الاتفاق على مخالفة حكمها. وقد كان من توابع ذلك أن تقلص دور الإرادة الفردية وتراجع مبدأ سلطان الإرادة ورحنا نرى مظاهر تدخل الدولة ممثلة في فكرة النظام العام الاقتصادي وما تولد عن ذلك من ظهور نظم جديد مثل فكرة العقد المفروض وعقد الخطة وغير ذلك^(١).

وضرورة تدخل الدولة في هذه الحالات وغيرها سببه ما قدرته الدولة من ضرورة حماية بعض المصالح التي بدا لها أهميتها وحيويتها بالنسبة للجماعة. وفي كل مرة تبدو فيها هذه المسائل حيوية واجبة الحماية فإن قانون هذه الدولة وحده هو الذي يكون واجب التطبيق، ولم يعد مطروحاً الرجوع - عند ذلك - لمنهجية قواعد التنازع التقليدية. فالدولة لا يمكنها أن تقبل أن يزاحمها في اختصاصها بحكم هذه المسائل أي قانون آخر أجنبي. بعبارة أخرى، فإن اختصاص قانون الدولة بهذه المسائل يكون اختصاصاً قاصراً عليها وحدها^(٢).

سبب آخر يبرز أهمية دراسة قوانين البوليس ويؤكد في عين الوقت قصوراً في منهجية التنازع يتمثل في وظيفة النظام العام في ظل هذه المنهجية التقليدية. فإذا اشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي على المسألة المطروحة أمام القاضي الوطني وبدا أن هذا القانون يخالف الأسس الجوهرية التي يقوم عليها قانون كان عليه أن يستخدم الدفع بالنظام العام. غير أن هذه الوسيلة تبدو غير كافية من ناحيتين: أولاًهما أن دورها يتكسر وحسب في استبعاد القانون الواجب أصلاً على العلاقة، وما يقوم به القاضي بعد ذلك من

(١) الدكتور احمد شرف الدين، فكرة القانون الاقتصادي، القاهرة ١٩٨٨، فقرة ٥٥ وما بعدها، ص ٧٠ وما بعدها. وقرأ في الفقه الفرنسي بشأن فكرة النظام العام الاقتصادي: Larjat (G). L'ordre public économique, these Dijon 1962. Chapelle, op cit No 248. P. 268 ets.

(٢) Delaporte، رسالة، فقرة ٢٣٨، ص ٤٢٤، رسالة، المرجع السابق، فقرة ٢٤ ص ٣٣.

إحلال نصوص قانون القاضى محل نصوص القانون الأجنبى المستبعد الهدف منه سد الفراغ الناتج عن هذا الاستبعاد. فالحدث من الوجهة القانونية أن الإحلال لا يرمى إلى إعطاء قانون القاضى نطاق اختصاص *domaine d'application* خاص به أصلاً. وثانيهما أن الدفع بالنظام العام فى منهجية التنازع لا يقيم وزناً لما قد يكون لدولة أجنبية من مصلحة فى تطبيق قواعدها القانونية.

ولا شك فى أن قوانين البوليس يمكنها أن تسد أوجه النقص تلك عبر منهجية عملها^(١). فى منهجية التنازع يكون للنظام العام دور استبعادى بينما فى منهجية قوانين البوليس يكون لهذه القوانين ذاتها صفة "النظام العام" بما يوجب تدخلها بصورة مباشرة لفرض التطبيق الأمر لبعض الأحكام التى تحفظ تماسك النظام القانونى وفاعليته^(٢).

ولا شك كذلك أن دور النظام العام فى المنهجين مختلف: النظام العام فى منهجية التنازع له دور حمائى بينما هو فى منهجية القوانين ذات التطبيق المباشر صاحب دور وقائى. وإن تشابه دور النظام العام فى الحالتين إلا أنهما - بالقطع - غير متطابقين. فثمة بينهما اختلاف مرحلى: فالوقاية تأتى فى مرحلة متقدمة وبحيث تتصبع معها بعض القواعد بصيغة النظام العام بما يمنع دخولها فى منافسة مع أية قوانين أخرى أجنبية لحكم العلاقة المطروحة ذات الطبيعة الدولية. أما الحماية فإنها تعرض فى مرحلة لاحقة بوصفها علاجاً لمساوى تطبيق منهجية التنازع^(٣).

(١) Franciscakis, les lois d'application immediate et droit du travail - l'affaire du comité d'entreprise de la compagnie des wagons - lits, Rev 1974, P. 273 ets, V. P. 277, No 7, Delaporte, these, op. cit., No 232, P. 417 - 417.

(٢) Chapelle, رسالة، فقرة ٥٣، ص ٥٥، Craulich فى مقاله: Règles de conflit et règles d'application immediate, Melanges Dabins, Tome II, P. 635, V. No 5, P. 637 - 638.

=

(٣) Chapelle، المرجع السابق، ص ٥٦.

فى كلام موجز نقرر أن الدفع بالنظام العام فى منهجية التنازع مرده اعتبارات كامنة فى مضمون القانون الأجنبى نفسه، بينما فى آلية قوانين البوليس نلحظ أن مضمون القانون الوطنى نفسه هو الذى يتطلب الأعمال الضرورى لهذه القواعد. زد على ذلك أن القاضى الوطنى، وكما سنرى، يمكنه أن يطبق قوانين البوليس الأجنبية، بينما فى منهجية قواعد الإسناد التقليديّة يكون للدفع بالنظام العام أثر استبعادى للقانون الأجنبى.

وهكذا نجد أن ثمة اعتبارات حيوية هى التى أدت إلى ظهور قوانين البوليس تتمثل فى الدور التداخلى للدولة بقواعد أمره لتنظيم كثير من المسائل، كما أن هذه المنهجية من شأنها أن تكمل أوجه النقص الذى يصم منهجية تنازع القوانين التقليديّة.

فى ضوء ماتقدم نبحت علاقة القواعد ذات التطبيق الضرورى بمنهجية التنازع (أولاً) ثم نعرض لكيفية الوقوف على القوانين ذات التطبيق الضرورى (ثانياً)، وفى ذلك تفصيل:

أولاً: منهجية القواعد ذات التطبيق المباشر وعلاقتها بمنهجية التنازع:

من المقابلة السابقة بين دور كل من القواعد ذات التطبيق الضرورى ومنهج تنازع القوانين يمكن للباحث أن يرصد الفوارق الآتية:

أ- يلاحظ ابتداءً أن منهجية التنازع، ومنذ عهد سافيني، تقوم على تحليل العلاقة أو المسألة القانونية المطروحة التى تكون على اتصال بأكثر من نظام قانونى. ويفضى هذا التحليل إلى تركيز هذه العلاقة أو المسألة فى إقليم دولة معينة بما يبرر إسنادها إلى قانون هذه الدولة باعتبارها أكثر القوانين ملاءمة لحكمها. على الجانب الأخر، نجد أن منهجية القواعد ذات التطبيق الضرورى

وفى الفقه المصرى، الدكتور حسام الدين فتحى عبد اللطيف ناصف، مركز قانون القاضى فى حكم المنازعات الخاصة الدولية (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ١٩٩٠، فقرة ١٦ ص ٥٢.

تتطرق من البحث في القواعد القانونية الوطنية ومحاولة تحليلها والكشف عما يعد ضروري التطبيق منها وما لا يعد كذلك.

في عبارة وجيزة يبدأ منهج التنازع من المسألة أو الرابطة القانونية المطروحة للكشف عن القانون الملزم لحكمها، بينما يبدأ منهج القواعد ذات التطبيق الضروري من البحث في القواعد القانونية الوطنية للوقوف على ما يعد منها ذا تطبيق مباشر وما لا يعد، ومن ثم معرفة المسائل التي ينزل عليها حكمها ويتعين على القاضى إعمالها^(١).

ب- "إن مشكلة تنازع القوانين هي بالدرجة الأولى مشكلة اختيار متاح بين قوانين دولتين أو أكثر، وبحيث يمكن بمقتضى معايير الإسناد المتداوله ربط العلاقة. قانونية ذات الطابع الدولي بأحد هذه القوانين باعتباره الأقرب صلة بتلك العلاقة فيكون من الملزم اختياره لحكمها. ويرتبط بمفهوم الاختيار هذا أن عدة التنازع، أو ما تسمى بقاعدة الإسناد، هي بحسب المبدأ "قاعدة مزدوجة". معنى أنها كوسيلة أو أداة لتحقيق هذا الاختيار، يمكن أن تشير في الدولة المعنية، بحسب مقتضى الحال ودون أى تحكم أو حظر مسبق، إما بتأبيق القانون الوطنى أو القانون الأجنبى على المسألة القانونية محل البحث"^(٢).

أما في خصوص منهجية القواعد ذات التطبيق الضرورى فإن عملية الاختيار تلك لا تعرض أمام القاضى الذى يقوم بتطبيق هذه القوانين. ذلك أنه فى كل مرة يعُن فيها للقاضى الناظر فى المسألة أن الأمر يتعلق بقاعدة ضرورية التطبيق فإنه يعملها مباشرة دون بحث أو نظر فيما إذا كان ثمة قانون أجنبى يتصل بالعلاقة من عدمه. وفى إطار تحليلى نلاحظ أن هذه القواعد إنما

(١) Franciscakis, Quelques precisions ... op. cit., PP. 16 – 17

وانظر فى الفقه المصرى، الدكتور احمد قسنت الجداوى، نظرية القوانين ذات التطبيق الضرورى. المرجع السابق، ص ٨ وما بعدها؛ الدكتور احمد عسوس، تنازع مناهج تنازع القوانين، ١٩٨٨ ص ٧٨ – ٧٩.

(٢) الدكتور احمد قسنت الجداوى، نظرية القوانين ذات التطبيق الضرورى ومهجة تنازع القوانين - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - العددان الأول والثانى - يناير ويوليو ١٩٨١ - السنة الثالثة والعشرون، ص ١ وما بعدها.

تتولى فى النظام القانونى الوطنى بيان الحل الموضوعى المباشر للمسائل القانونية التى تنظمها. ويتم ذلك دون نظر للصفة الدولية التى قد تتصف بها تلك المسألة، كما أنه يتم بيان الحل الموضوعى ههنا دون مرور عبر قنوات القواعد المسماة بقواعد التنازع.

فى عبارة موجزة: منهجية التنازع تركز - من بين ما تركز عليه - فوق نقطة محورية قوامها الإختيار، بينما فى منهجية القواعد ضرورية التطبيق تختفى عملية الإختيار تلك. ومن هذا المنظور يكون لهذه القواعد الأخيرة أولوية - عند التطبيق - على قاعدة الإسناد بخصوص المسألة محل البحث^(١). والحال كذلك فإنه يتعين على القاضى أن يرجع أولاً وقبل كل شئ إلى قانونه باحثاً عما إذا كانت ثمة قاعدة ضرورية التطبيق تحكم المسألة المعروضة أم لا. إن وجدها أعملها وإن لم يجدها كان عليه أن يلج طريق منهجية التنازع الذى يفتح أمامه عندئذ بوصفه طريقاً موازياً.

ومن هذا المنظور يظهر أن ثمة نوعاً من التعايش والتكامل بين المنهجين^(٢). المنهجان إذن يتجاوران ولا يتنافران ويتعايشان دون هجر بينهما

(١) أنظر فى هذا المعنى:

Graulich, règles de conflit et règles d'application immédiate. op. cit.. No 6. P. 641; Francescakis, loi d'application immédiate et droit du travail, Rev. crit - 1974. op. cit., P. 273 ets., aussi Rep. Dalloz, op. cit., No 176; Chapelle, thèse. op. cit., No 50, P. 51 ets; Mayer, droit international privé op. cit., No 152, P. 89; Karquilo, op. cit., P. 36.

وأنظر فى الفقه المصرى فى هذا المعنى، الدكتور أحمد قسمت الجداوى، المرجع السابق، ص ٤١؛ الدكتور أحمد عشوش، المرجع السابق، ص ٧٩.

Francescakis, quelques précisions.. op. cit., P. 16

(٢) وأنظر فى الفقه المصرى، الدكتور أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين - دراسة مقارنة ١٩٨٨ ص ٧٩؛ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، القوانين ذات التطبيق الضرورى وقواعد القانون العام فى القانون الدولى الخاص، دار النهضة العربية ١٩٨٥، ص ٨٩؛ الدكتور المستشار يوسف عبد الهادى خليل الأكيابى، النظام القانونى لعقود نقل التكنولوجيا فى مجال القانون الدولى الخاص، رسالة دكتوراه ١٩٨٩ ص ٢٥٩ - ٢٦٠؛ الدكتور حسام الدين قنحى عبد اللطيف ناصف، مركز قانون القاضى فى حكم المنازعات الخاصة الدولية، رسالة، جامعة عين شمس، ١٩٩٢، ص ٣٢ وما بعدها.

ويتكاملان دون اقتتال. ومن هنا لا يصح أن يقال بأن للقواعد ذات التطبيق الضرورى هيمنة أو أن منهجية التنازع قد تراجعت قيمتها وتناقلت إلى الأرض درجتها كما يقول البعض^(١). وإنما الصحيح هو النظر إلى منهجية تنازع القوانين بوصفها المنهجية الأصلية فى حسم مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات الطابع الدولى. ولئن استقام الاعتراف بالقوانين ذات التطبيق الضرورى على ضوء الدور التدخلى المترادى للدولة، فإنه يجب وضع هذه المنهجية فى إطار ليس له أن يتغول على المنهجية الأولى.

ومن الجدير ذكره، أن الأولوية التى تشغلها القواعد ذات التطبيق الضرورى فى مواجهة منهجية تنازع القوانين هى أولوية مطلقة لا تتعطل ولو بحكم واجب التطبيق بمقتضى اتفاقية دولية^(٢). وهذا الحل هو عين ما كرسه اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية حين قررت فى المادة ٢/٧ منها أن أحكامها لا تحول دون تطبيق القواعد القانونية فى بلد القاضى التى تحكم بصورة أمره المسألة المطروحة، وذلك أياً كان القانون الواجب التطبيق على العقد.

جـ إن منهجية تنازع القوانين تفترض أيضاً أن العلاقة القانونية المطروحة على اتصال بأكثر من نظام قانونى ويقتصر دور قاعدة الإسناد على مجرد تعيين القانون الواجب التطبيق دون بيان الحكم الموضوعى الذى يتضمنه هذا القانون. أما منهجية القواعد ذات التطبيق الضرورى فإنها لا تلتفت للصفة الدولية للمسألة محل النزاع. فالشارع وهو بصدد تحديد القواعد ذات التطبيق الضرورى يضع المسألة ذات الطبيعة الدولية على قدم المساواة مع المسألة ذات الصبغة الداخية البحث. ففى الحاليتين يجب تطبيق القانون – فى نهاية المطاف

(١) Graulish, règles de conflit et règles d'application immediate, Melanges Dabin, 11, P. 641 Jousouarn et Bourel, Droit international privé, 1980, No 125, P. 145; Deby-Gerard, le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, thèse Paris, Dalloz 1973, No 49, P. 38.

(٢) الدكتور احمد عبد الكريم سلامة، القوانين ذات التطبيق الضرورى ... المرجع السابق، ص ٨٣ - ٨٤ والمراجع المشار إليها فيه.

- على هذه المسألة وتلك دون أدنى تمييز. هذا التباين بين المنهجين فى أهمية العنصر الأجنبى فى العلاقة المطروحة من توابعه أن يستعصى على القاضى وهو بصدد إعماله لمنهجية تنازع القوانين الوقوف بدقة على الحل الذى يرصده القانون الأجنبى الواجب التطبيق على المنازعة، ذلك لأنه يكون بصدد قاعدة معصوبة العينين تقفز به إلى المجهول. ومن هذا المنظور كان لزاماً عليه أن يتسلح بما يقيه مخاطر تطبيق القانون الأجنبى الذى يتعارض مع الأسس الجوهرية فى قانونه^(١). ولهذا السبب تواضعت النظم القانونية على تسليح القاضى الوطنى بصمام الأمان المتمثل فى الدفع بالنظام العام. وعلى النقيض من ذلك نجد منهجية القواعد ذات التطبيق الضرورى يتعطل فيها - فى الغالب - استخدام الدفع بالنظام العام لسبب بسيط هو أن الأصل فى هذه المنهجية أن يطبق القاضى الوطنى قواعده هو التى تنصبغ بهذا الوصف، ولا يتم استخدام الدفع بالنظام العام إلا حيث يطبق القاضى الوطنى قوانين أجنبية لها صفة القوانين ذات التطبيق الضرورى فيما لو كانت هذه القوانين متعارضة مع الأسس الجوهرية فى قانون القاضى^(٢).

د- إن منهجية القواعد ذات التطبيق المباشر أو الضرورى تتم بصورة مباشرة ومن غير حاجة إلى قاعدة إسناد خاصة كما يذهب البعض^(٣). فهذه القواعد تحدد بذاتها نطاق تطبيقها المكانى. ومن ثم تنطبق مباشرة متى كانت المسألة محل النزاع تدخل فى مجال سرياتها المكانى. وفى الحالات التى يرهن فيها المشرع الوطنى إعمال القواعد ذات التطبيق الضرورى بتحقيق ظرف معين أو حدوث واقعة محددة أو قيام صفة ما فى ذى الشأن، فإن هذه الأدوات (الظرف أو الواقعة أو تحقق الصفة) لا ينبغى النظر إليها بوصفها ضوابط إسناد تكشف عن القاعدة واجبة التطبيق. أبداً إنها أدوات تكشف عن وجود

(١) انظر Mayer، القانون الدولى الخاص، الطبعة الرابعة، ١٩٩١ فقرة ٢٠٣ ص ١٣٨.

(٢) قارن مع الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، فقرة ٦٨ ص ٨٦ - ٨٧.

(٣) Deby Gerard. op. cit., No 70. P. 53. et No 72. P. 54 ets.

ارتباط جد وثيق بين المسألة المطروحة وقانون القاضى بما يبرر ضرورة انطباق قانونه الوطنى. فإذا قيل مثلاً أن القواعد ذات التطبيق الضرورى يتوقف إعمالها فى حالات معينة على مفترض مفاده أن يكون الشخص متوطناً أو مقيماً فى دولة القاضى، أو أن يكون المال محل المنازعة كأننا بها أو أن تكون الواقعة قد حدثت فيها، فإن هذه المفترضات لا ينبغى النظر إليها على أنها عنصر فى قاعدة إسناد أو ركن فيها. إنها لا تعدو أن تكون أدوات وصل بين المسألة المطروحة وقانون القاضى، وهو عينه الوصل الذى يستوجب إنزال حكم قانون القاضى عليها^(١).

وإذا ما خالصنا إلى أن منهجية التنازع الأصل فيها هو أنها منهجية مزوجة الجانب، بمعنى أنها قد تفضى إلى تطبيق قانون القاضى نفسه، كما قد تفضى إلى تطبيق قانون أجنبى، وإذا ما وقر فى الذهن أن منهجية القواعد ذات التطبيق الضرورى لا تتم بناء على قاعدة إسناد وإنما تتم بصورة مباشرة بالنظر إلى المضمون المادى لهذه القواعد، فإن السؤال الذى يطرح نفسه: ترى هل يمكن للقاضى الوطنى أن يطبق قوانين البوليس الأجنبية أم لا؟.

خذ على ذلك مثلاً للتوضيح: إحدى عمليات الانتماء - ولتكن قرصاً - تمت فى مصر بالدولار الأمريكى بين فرع لأحد البنوك الأجنبية وبنك آخر وطنى من بنوك الإستثمار المشتركة على أن تستثمر أموال القرض فى الخارج. فإذا اتفق الأطراف على إخضاع العلاقة للقانون المصرى وقدر القاضى المصرى أن المسألة داخلية فى نطاق الانتماء العام ويحكمها من ثم القانون المصرى وحده بوصفه قانوناً ضرورى التطبيق دون مزاحمة له من أى قانون آخر فلا مشكلة فى هذا الغرض حيث ستطبق القانون المصرى على كافة الجوانب الموضوعية لهذه العملية.

(١) Chapelle، رسالة المرجع السابق، فقرة ٤٥ ص ٤٨ - ٤٩، Karquillo، المرجع السابق، فقرة ١٦ ص ٤٩١، وأنظر فى مصر: الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، فقرة ٨٨ ص ١٠٠.

ثم لنفرض أن الطرفين كانا قد اختارا قانونا أجنبياً - على صلة بالعلاقة - وليكن القانون الفرنسى ليحكم عقدهما، فماذا يكون الوضع؟ لا مشكلة كذلك حيث سيطبق القاضى المصرى قواعد قانونه المعتمدة من قوانين البوليس على الجانب الذى رصد له المشرع هذه القواعد وهو الجانب الذى يفرض مزاحمة أى قانون آخر. وفيما وراء هذا الجانب يسترد القانون واجب التطبيق - بمقتضى قانون الإرادة عافيته ليحكم الجوانب الأخرى فى العلاقة العقدية. ومن ثم ينطبق القانون الفرنسى بمقتضى قانون الإرادة - بما فيه من قواعد معتبرة من وجهة نظر المشرع الفرنسى من قبيل قوانين البوليس متى لم يكن فى أعمالها أى افتتات على أحكام القانون المصرى.

ولنفترض ثالثاً أن العلاقة المتفق على العهدة بحكمها لقانون أجنبى لا يوجد بشأنها فى قانون القاضى قواعد ضرورية التطبيق تنظم بعضاً من جوانبها، وأن القانون الأجنبى الذى يحكم العلاقة منه قواعد تعتبر من قوانين البوليس وأخرى من قواعد القانون العام^(١). فهل يمكن للقاضى الوطنى أن يطبق قواعد البوليس وقواعد القانون العام الأجنبية؟

قدر الفقه التقليدى أن من المحرمات أن يطبق القاضى الوطنى قواعد القانون العام الأجنبى أو قواعد البوليس الأجنبية باعتبارها قواعد لا تنطبق إلا تطبيقاً إقليمياً داخل حدود الدولة الشارعة لها ودون أن تمتد إلى ما سواها. فعنده يقع التضاد والتنافر بين الإقليمية ومنهجية التنازع، فوق أن اعتبارات السيادة

(١) فإذا كانت قوانين البوليس ترمى إلى تحقيق المصالح الحيوية للجماعة، اقتصادية كانت ام اجتماعية، فإن قواعد القانون العام هى التى تنظم العلاقات التى يكون احد أطرافها الدولة أو أحد أجهزتها والتى تكون على اتصال مباشر بالمصالح العامة للجماعة. ونظراً لما بين هذه القوانين وتلك من طابع أمر مشترك، فلا حرج إن شملتهما معاملة واحدة من حيث مدى امكانية تطبيقهما من قبل القصى الوطنى عندما تنتمى هذه القواعد لقانون دولة أجنبية. انظر فى وحدة المعاملة بين هذه القواعد وتلك، الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضرورى ...، فقرة ٩٤ ص ١٠٥ - ١٠٦؛ الدكتور المستشار منير عبد المجيد، تنازع القوانين فى علاقات العمل الفردية، رسالة دكتوراه، مطبوعات منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩١، فقرة ١٤٠ ص ١٤١.

تأبى أن تكون هذه القوانين محلاً لقواعد إسناد قد تؤدي إلى تطبيق قانون أجنبي^(١).

والواقع أن هذا الاتجاه قد تعرض للقدح بما فيه الكفاية. فما الذى يحول دون تطبيق قوانين البوليس أو قواعد القانون العام أمام القاضى الوطنى متى كانت لازمة للفصل فى العلاقة المصرفية المنظورة بحسبان أنها تشكل جزءاً من القانون الأجنبى الواجب الأعمال على هذه العلاقة؟ فوق ذلك، فإنه لا يصح الإرتكان إلى مبدأ الإقليمية لرفض تطبيق القوانين المتقدمة فى جميع الحالات التى يتعلق فيها الأمر بوقائع أو تصرفات تمت فى الخارج، أى فى إطار المجال الذى تسرى فيه تلك القوانين. فالإقليمية لا تعنى أبداً أن تتخذ كل دولة من سيادتها سياجاً لا تتسرب من بين يديه ولا من خلفه القوانين الأجنبية، كما لا يتصور أن تكون الإقليمية مرادفة لقانون القاضى^(٢).

وإلى ضميمه ذلك، هناك حالات متعددة يتعلق الأمر فيها بمركز قانونى هو من القانون العام (كالجنسية مثلاً أو جريمة معينة، مثل جريمة خيانة الأمانة أو جريمة الـ Bigamie عند من يعرفها من القوانين) يلزم لقيامها مركز قانونى آخر هو من القانون الخاص. فالبنوة الشرعية أو علاقة الزوجية هى مسائل من القانون الخاص يلزم التحقق من وجودها صحيحة حتى يمكن الكلام عن وجود الجنسية فى الفروض التى يناط فيها وجودها بقيام هذه المسائل المعنوية من القانون الخاص على نحو ما يتطلبه المشرع المصرى^(٣). ووجود عقد صحيح من عقود الأمانة - كالوديعة أو الإيجار أو عارية الاستعمال أو الرهن أو الوكالة - وهى من القانون الخاص - أمر لازم لقيام جريمة خيانة الأمانة

(١) راجع فى عرض هذا الفقه والرد عليه، الدكتور المستشار منير عبد المجيد، تنازع القوانين فى علاقات العمل الفردية، رسالة (منشأة المعارف بالإسكندرية)، فقرة ١٠٠ - ١٥٣، ص ١٤١ وما بعدها.

(٢) فى هذا المعنى: الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، فقرة ١٣٠ وما بعدها، ص ١٤٣ وما بعدها.

(٣) راجع مولفنا فى، أحكام الجنسية المصرية - دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ١٩٩٢ ص ٤٣ وما بعدها.

(م ٣٤١ عقوبات مصرى)، وهكذا. فى هاتين الحالتين - وغيرهما كثير - يقع التزاوج بين قواعد القانون العام وتلك المتعلقة بالقانون الخاص، ولا يكون ثمة محل للكلام عن قيام المركز القانونى إلا بأعمال الأحكام المقررة فى القانونين - العام والخاص - معا.

وفى قول وجيز نقرر أنه أما كان القانون الدولى الخاص هو قانون العلاقات الخاصة الدولية فتضطلع قواعده، من ثم، بتنظيم العلاقات التى تتم بين الأفراد عبر الحدود وذلك بتعيين القاعدة القانونية واجبة الأعمال، فإنه "يستوى بعد ذلك أن تكون تلك القاعدة من قواعد القانون الخاص أو قواعد القانون العام، طالما كانت لازمة للفصل فى النزاع. فالقانون الدولى الخاص هو قانون التنازع على العموم، وقواعد الإسناد التى يحتوئها لا تحدد - بالذات - قواعد القانون الخاص أو قواعد القانون العام، بل تحدد - جملة - النظام القانونى الواجب التطبيق، والذى تراه مناسباً لحكم النزاع"^(١). وعلى أى حال، ليس ثمة أى سبب جدى يدعو إلى القول بعدم قابلية قوانين البوليس الأجنبية فى ذاتها لأن تطبق^(٢). ونبادر بالقول أن التزام القاضى الوطنى بتطبيق قوانين البوليس الأجنبية فى مثل هذه الحالة يكون قصراً على الحالات التى "ترغب" فيها هذه القواعد فى الانطباق ووفقاً لمعايير إنطباقها على النحو الذى أراده وحدده مشرعها. فلا يجوز تطبيق قوانين البوليس الأجنبية بمقتضى منهجية الإسناد

(١) الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، فقرة ٢٠٦، ص ٢٠٢؛ المستشار الدكتور، يوسف الأكيابى، النظام القانونى لعقود نقل التكنولوجيا فى مجال القانون الدولى الخاص، رسالة، ١٩٨٩ ص ٢٥٨؛ المستشار الدكتور منير عبد المجيد، رسالة، المرجع السابق، فقرة ١٦١ وما بعدها، ص ١٦٠ وما بعدها. وأنظر فى هذا الحل فى الفقه الفرنسى، Tobiana، رسالة، المرجع السابق، ص ١٧٠، وص ٢٣١ - ٢٣٢؛ Mayer، قوانين البوليس الأجنبية، Clunet، ١٩٨١، فقرة ٦٦ ص ٣٣٧. أستاذنا De la pradelle، تعليقه على حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ١٧ مارس ١٩٧٠، Clunet، ١٩٧٢، ص ٩٢٤، أنظر ص ٩٣٥، باتيفول ولجارد، القانون الدولى الخاص، الجزء الأول، فقرة ٢٥١ ص ٣٠٠.

(٢) Mayer، قوانين البوليس الأجنبية، Clunet، ١٩٨١، ص ٢٧٧، أنظر بالتحديد فقرة ٧٢ ص ٣٤٤.

الإجمالى متى لم تكن هذه القواعد غير قابلة للانطباق على واقعات المنازعة المطروحة عليه ووفقاً لمضمونها وأهدافها بالصورة التى رسمها المشرع الأجنبى.

كيفية تحديد قوانين البوليس الأجنبية:

والسؤال الملح الآن: كيف يتسنى للقاضى الوطنى أن يحدد قواعد القانون العام وقوانين البوليس الأجنبية التى تكون واجبة التطبيق بحسبان أنها تشكل جزءاً لا يتجزأ من النظام القانونى المختص؟ وبعبارة أخرى، ما هى وسيلة القاضى الوطنى للقيام بهذا التحديد؟.

يذهب الفقه المعتمد إلى أن القاضى فى يُعيّن قوانين البوليس وكذا قواعد القانون العام لتحديد من خلال ما يسمى بفكرة الإسناد الإجمالى^(١). فهذه القواعد متى كانت لازمة للفصل فى المسألة المطروحة على القاضى، فإنه يكون لازماً أنذ معاملتها من حيث تعيينها والكشف عنها معاملة القوانين العادية التى يتم تحديدها بمقتضى منهجية قواعد التنازع. فإن أفضت منهجية التنازع التقليدية إلى تطبيق قانون أجنبى فإنها تقوم بعملية إسناد إجمالى إلى القانون الملازم لحكم المنازعة من وجهة نظر المشرع الوطنى. ولا يتصور البتة أن تكون قاعدة الإسناد، فى آلية عملها، قاعدة متخيرة، بمعنى أن تختار جزءاً من القانون الأجنبى وتلفظ جزءاً آخر. والقول بغير ذلك يعنى ببساطة تشويهاً للقانون الأجنبى وتطبيقه بصورة مجزأة تخرج به عما أراده له مشرعه من وظيفة، مع ما يترتب على ذلك كله من مسخ للقانون الأجنبى وتغيير فى بنيانه وفلسفته، الأمر الذى يمس فى نهاية المطاف سيادة الدولة الأجنبية ذاتها.

إن القانون الأجنبى المحدد بواسطة منهجية التنازع العادية يجب أن يؤخذ فى كليته كوحدة واحدة متماسكة. فقاعدة الإسناد – على حد قول البعض –

(١) Mayer، القانون الدولى الخاص، الطبعة الرابعة، فقرة ١٢٨ ص ٩٠، Chapelle رسالة، فقرة ٤٠٤ ص ٤٤٢ وما بعدها، وفى مصر، الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ١٦٢ وما بعدها؛ الدكتور يوسف الأكيابى، ص ٢٥٨؛ الدكتور منير عبد المجيد، ص ١٦٠ وما بعدها.

حين تشير إلى القانون الأجنبي، إنما تحدد النظام القانوني الأجنبي بأكمله وبنون أن تقتصر على بيان القواعد المتعلقة بالقانون الخاص أو تلك المعتبرة من القانون العام أو من قبيل قواعد البوليس⁽¹⁾. والذي لا شك فيه أن فكرة الإسناد الإجمالي هذه تستمد من إحدى الخصائص الأساسية لقاعدة التنازع. فهي قاعدة قانونية شأنها شأن غيرها من القواعد القانونية الأخرى تتميز بخاصية التجريد، وعندما تسند علاقة ما إلى قانون دولة معينة بمقتضى قاعدة الإسناد فإن هذه القاعدة لا تعدد سلفاً بالحل الموضوعي لقواعد هذا القانون ولا تقيم وزناً لطبيعة القانون الذى يحكم العلاقة وما إذا كان من قواعد العام أم من قواعد القانون الخاص.

ما تقدم كان يتعلق بالفرض حيث كانت قوانين البوليس وقواعد القانون العام تشكل جزءاً لا يتجزأ من القانون الواجب التطبيق والذي تحدد بمقتضى منهجية التنازع فى قانون القاضى. وفى هذا الفرض برزت منهجية الإسناد الإجمالي بوصفها الطريقة التى يمكن بواسطتها تطبيق أحكام القانون الأجنبي المشار إليه فى جملة.

قواعد البوليس الأجنبية التى ليست جزءاً من القانون المختص:

ومع ذلك فإن وجه الصعوبة قد يتبدى فى الفرض حيث تكون قواعد القانون العام وقواعد البوليس الأجنبية غير داخلية ضمن قواعد القانون الواجب التطبيق، أى أنها لا تشكل جزءاً من هذا القانون. فهل يمكن إعمال هذه القواعد وتلك فى هذا الفرض؟ هل فى مقدور القاضى المصرى أن يطبق قوانين البوليس الأجنبية بوصفها كذلك، حتى ولو لم يتم تعيينها بواسطة قاعدة إسناد عندنا؟

خذ مثلاً على ذلك: عملية مصرفية ذات طبيعة دولية ولتكن قرصاً تمت فى مصر بين مصرى وفرع لبنك أجنبى مقره الأساسى فى باريس واتفق على تطبيق القانون الفرنسى بوصفه قانون دولة المقر الأساسى للبنك التابع

(1) Mayer, les lois de police étrangères, clunet 1981, P. 277 etss, V. précisément, No 66 P. 337; comp. Cothol, op. cit., P. 230.

له الفرع الموجود في مصر. في هذا الفرض يكون القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق بوصفه قانون الإرادة المعلنة صراحة. وعلى ذلك يكون القاضى المصرى ملزماً بإعمال هذا القانون، ومن غير أن يحول هذا دون تطبيقه خواتين البوليس المقررة في القانون المصرى والتي من شأنها أن تقيد بن مجال إعمال قواعد الإسناد. من قبيل ذلك القواعد الخاصة بالرقابة على النقد والقواعد المحددة لسعر الفائدة، وغير ذلك.

المشكلة تبدو في هذا الفرض، فيما لو كان المال محل القرض في العملية المصرفية المذكورة سوف يتم استثماره في دولة أخرى ولتكن لبنان. السؤال الذى يثور عندئذ: هل يلتزم القاضى المصرى بمراعاة قواعد البوليس - كقواعد الرقابة على النقد والقواعد المتعلقة بالحصول على إذن أو ترخيص من جهة الإدارة - المقررة في القانون اللبنانى والفرض أنه قانون أجنبى غير مختص بمقتضى قاعدة الإسناد التى تحكم العقود في مصر؟.

إذا تأملنا هذا الفرض وجدنا أن ثمة عروة وتقى ورابطة جنية تربط هذه العلاقة بالقانون اللبنانى بوصفه قانون دولة التنفيذ، مما قد يستوجب إعمال قواعد البوليس فيه متى كانت العلاقة واجبة التنفيذ في لبنان. فإذا ثار نزاع بشأن هذه العملية المصرفية أمام القضاء المصرى، فهل يمكنه تطبيق قواعد البوليس في القانون اللبنانى رغم أنها ليست واجبة الانطباق بمقتضى قاعدة الإسناد في قانون القاضى؟ وهل مجرد الصلة التى تربط القانون اللبنانى بالعلاقة المصرفية تبرر انطباق قواعد البوليس في هذا القانون؟.

يذهب جانب فى الفقه والقضاء والتشريعات الحديثة إلى إمكانية تطبيق هذا القانون بشرط أن تكون ثمة رابطة وثيقة تربط المنازعة بقواعد البوليس الأجنبية حتى ولو لم تكن هذه القواعد الأخيرة مختصة بمقتضى منهجية التنازع فى قانون دولة القاضى. وهذه الرابطة لا شك تصدق على المثال الذى أوردهنا.

ولا شك أن الأخذ بهذا الحل من شأنه أن يودى إلى وحدة الحلول الخاصة بالعلاقة الواحدة والتنسيق بينها على مستوى الدول المتصلة بالعلاقة بحسبان ذلك من الغايات التى يرمى إليها القانون الدولى الخاص. زد على ذلك

فإن من شأن هذا الحل أن يحقق نتيجة عزيزة: إمكانية تنفيذ الأحكام القضائية في لبنان والصادرة في المنازعات المتعلقة بهذا العقد ، وهو ما يحفظ للأحكام ذات الطبيعة الدولية فعاليتها وقيمتها على المستوى الدولي^(١).

في هذا السياق نجد أن أحكام القضاء الفرنسي طبقت قوانين البوليس الأجنبية، التي لا تشكل جزءاً من النظام القانوني المختص بمقتضى قواعد الإسناد^(٢). وبعين الحل أخذت المادة السابعة من اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ والتي تجرى حكمها على أنه في خصوص الالتزامات التعاقدية إذا أشارت قاعدة الإسناد المحددة بمقتضى هذه الاتفاقية إلى تطبيق قانون دولة معينة فإنه يمكن إعطاء أثر للنصوص الأمرة لقانون دولة أخرى (قانونها غير واجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد) متى كان يربطها بالعلاقة رابطة وثيقة *Un lien étroit*، وكانت هذه القواعد الأمرة واجبة التطبيق وفقاً لقانون هذه الدولة الأخيرة. وتستلزم الاتفاقية وجود رابطة وثيقة بين قوانين البوليس في الدولة الأجنبية والمنازعة المثارة، وهي رابطة يمكن الاهتداء إليها - لإعطاء أثر لهذه النصوص الأمرة - إذا أخذ القاضى في الحسبان طبيعة هذه النصوص وموضوعها والنتائج المترتبة على تطبيقها أو عدم تطبيقها.

والحل ذاته كرسته المادة ١٦ من معاهدة لاهاي لسنة ١٩٧٨ المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على عقود الوساطة حين أكدت على أنه عند تطبيق أحكام هذه الاتفاقية فإنه يمكن إعطاء أثر للقواعد الأمرة لدى دولة ترتبط بالعلاقة برابطة مؤثرة، وكانت هذه القواعد الأمرة واجبة التطبيق وفق قانون هذه الدولة.

(١) في هذا المعنى في فرنسا، Toubiana، نطاق قانون العقد في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، فقرة ١٨٥؛ وفي مصر الدكتور هشام صادق تنازع القوانين، ١٩٩٣ المرجع السابق ص ٣١٧.

(٢) V. Cass - Soc. 31 Mai 1972, rev. crit. 1973, 683; Note Lagarde. J. C. P. 1973, II. 17317, note Lyon - Caen; Paris, 10 juin 1968, 100, obs. Dayant, D. 1969, 221, concl. Granjon; Paris 15 Mai 1975, Rev. crit, 1976. 690, note Batiffol.

وبذات الحل تقول به التشريعات التي أعلت اتفاقية روما، ومنها فرنسا و إنجلترا و بلجيكا و غيرها. كما قننه المشرع السويسرى الجديد فى المادة ١٨ من القانون الدولى الخاص التى صاغت حلا يسمح للقاضى بأن يأخذ فى الاعتبار، أو يطبق أحكام أى قانون أجنبى غير ذلك الذى تشير باختصاصه قواعد الإسناد السويسرية متى اقتضت ذلك أهداف القانون الأجنبى من ناحية، و قدر القاضى أن النزاع على صلة وثيقة بهذا القانون أو أن ثمة مصالح مؤكدة تستلزم تطبيقه من ناحية أخرى. والحل عينة نصت عليه المادة ٣٠٧٩ من القانون المدنى فى "الكيبك" الصادر فى ١٨ ديسمبر ١٩٩١^(١).

وسيلة تطبيق هذه القوانين:

ولئن بدا لنا ماتقدم أمراً مقبولاً، فإن المسألة لا تنتهى عند هذا الحد، إذ سرعان ما يثور التساؤل بشأن تحديد الوسيلة أو الطريقة التى يمكن بمقتضاها تطبيق قوانين البوليس الأجنبية رغم أنها لا تعد شقاً من القانون الواجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد العادية فى قانون القاضى الناظر فى المسألة.

ولقد اختلف الفقهاء عند تحديدهم لوسيلة ذلك التطبيق^(٢). والراجع عندنا هو ما يقول به نفر فى الفقه^(٣) من أنه إذا كان ثمة قانون واحد من قوانين البوليس الأجنبية يعطى لنفسه حق الانطباق تعين تطبيقه. فمثل هذا الحل يملية التعاون بين الدول. ويقدر القاضى المصرى طبيعة هذه القواعد وما إذا كانت

(١) فى هذا القانون والتعليق عليه J. G. Castel، التعليق على بعض نصوص التقنين المدنى فى "الكيبك" المتعلقة بالقانون الدولى الخاص، clunet، ١٩٩٢ ص ٦٢٥، أنظر بالأخص ص ٦٢٨.

(٢) راجع فى هذه الاختلافات ومناقشتها:

Vincent Delaporte, recherches sur la Forme des actes juridiques en droit international privé, these, Paris I, No 241 ets. P. 428; Andre chapelle, les Fonctions de l'order public en droit international privé, these, Paris II. 1979, No 404 - 411, P. 442 et SS; Mayer, Droit international privé, op. cit., No 129 - 130. P. 92.

(٣) من هذا رأى، Delaporte، رسالة المرجع السابق، فقرة ٢٤٢، ص ٤٣٠ وما بعدها؛ Chapelle، رسالة، ص ٤٤٩ Mayer القانون الدولى الخاص، الطبعة الرابعة ١٩٩١، فقرة ١٢٨ ص ٩٠ وما بعدها.

من قوانين البوليس عن عدمه على ضوء ما يقول به القانون الأجنبي نفسه. بمعنى أن يكون للقانون الأجنبي ذاته إرادة الانطباق بهذه الصفة وفق ما يرسمه المشرع الأجنبي قاصداً من ورائه إلى حماية مصلحة عامة أو خاصة. إذن ينبغي أن تكون هناك مصلحة للقانون الأجنبي في الانطباق لحكم هذه المسألة، وأن تكون هذه المصلحة مشروعة من وجهة نظر القاضى المصرى الذى يعنى هذه القوانين^(١).

أما إذا كانت هناك عدة قوانين من قوانين البوليس تنتمى إلى عدة دول ويعطى كل منها لنفسه حق الانطباق، فإنه لا يتصور أن يتحقق التعاون بين دولة القاضى المثار أمامه النزاع وأى من هذه الدول إلا على حساب غير ها من الدول الأخرى. ولا مناص عندئذ من إجراء مفاضلة بين هذه القوانين *exprimer une preference*. وتتحدد هذه المفاضلة بقيام القاضى بتقدير سائر المصالح المتنازعة وهو ما عبرت عنه كل دولة من الدول - المتصلة بالمسألة من خلال منهجية قوانين البوليس - تعبيراً مفرد الجانب. ومن ثمار هذه المفاضلة أن يتخير القاضى الناظر فى المسألة - من بين القوانين المختلفة - قانون الدولة التى يكون لها مصلحة جدية وحقيقية فى إعمال قانونها. خذ للإيضاح مثلاً: عامل فى شركة مقرها فى الدولة (أ) ويقوم بالعمل فى الدولة (ب)، التى يوجد بها موطنه، وكان تشريع الدولة الأولى يحظر على العاملين الانضمام لأى تنظيم نقابى، بينما كان تشريع الدولة الثانية يحظر، وعلى النقيض، على رب العمل فصل العامل بسبب انضمامه إلى نقابة العمال. فإذا انضم العامل إلى نقابة العاملين فى الدولة (ب) التى يودى فيها عمله، وقدم رب العمل فى الدولة (أ)، حيث مقر الشركة، بفصل العامل، فهل يعد هذا الفصل تعسفياً؟

(١) فى هذا المعنى فى الفقه الفرنسى، Mayer، القانون الدولى الخاص، المرجع السابق.

إذا نزعنا إلى تحليل هذا المثال فإن أول ما يطالعنا هو أن ثمة مصلحة في أن تطبق كل دولة قانونها على هذه المسألة، ذلك أن كلا منهما تنظر إلى قانونها في هذا الفرض على أنه من قوانين البوليس المنظمة لجانب حيوي في علاقات العمل.

هذه الصورة من التنازع تختلف اختلافاً بيناً عن ذلك التنازع الذي يقع في ظل منهجية قواعد الإسناد العادية. ففي ظل هذه المنهجية الأخيرة يكون المطروح هو اختيار القانون الأنسب لحكم العلاقة القانونية محل النزاع، وهو اختيار يجريه المشرع الوطني بوضع قاعدة الإسناد التي تشير إلى القانون الذي يرتبط بمركز الثقل في العلاقة. في هذه الفرضية لا يوجد من الناحية الواقعية أي تنازع، وإنما المعروض هو مجرد اختيار متاح يحسمه المشرع بواسطة قاعدة الإسناد التي يخصصها للمسألة المطروحة. على النقيض من ذلك الوضع في ظل التنافس أو التزاحم بين عدة قوانين هي من قوانين البوليس الأجنبية التي يكون لكل منها إرادة الإطباق كما هو الحال في المثال المعروض. فنحن هنا أمام تزاحم حقيقي بين قانونين، لكل منهما سند للإطباق: ثمة دولتان - أو أكثر - يتنازعان - بمعنى الكلمة - حقاً معينا، حيث ترى كل منهما أن قوانين البوليس فيها هي التي يجب إعمالها على المسألة المتعلقة بها المنازعة. والسؤال كيف يكون الحل في مثل هذه الحالة؟

بداية نقرر أنه إذا كان قانون القاضى من بين القوانين المتزاحمة وجب إعماله حيث تكون له أولوية لا شك مطلقة على سائر قوانين البوليس الأخرى الأجنبية. وهذا منطقي. فقواعد البوليس في دولة القاضى إنما تعكس الطابع الأمر لحاجات الجماعة أو الحاجات الخاصة التي ترمى إلى حمايتها والتي ما جاءت هذه القواعد إلا لإشباعها^(١).

(١) مايبير، القانون الدولي الخاص، فقرة ١٣١ ص ٩٣؛ Chappelle، رسالة، فقرة ١٥ ص ٤٤٨ وما بعدها.

نعود ونطرح السؤال: كيف يمكن أن نطبق قوانين البوليس الأجنبية؟
مثل هذا الفرض الذي عرضنا له؟ قبل الإجابة على هذا السؤال يحسن الإشتراك
إلى أن التزاحم بين قوانين البوليس لا يعرض في الحالات الآتية:

- إذا تمكن القاضى الوطنى المنظور أمامه المنازعة من أن يطبق قوانين
البوليس الأجنبية المتنازعة مقدراً أن كل قانون يحكم جانباً من العلاقة دون
تداخل بينها.

- إذا كانت قوانين البوليس الأجنبية المتنازعة تكرر حلاً واحداً للمسألة
المعروضة، كأن تقرر جميعها بطلان العقد مثلاً.

مقتضى ما تقدم أن التنازع بين قوانين البوليس الأجنبية لا يثور إلا فى
الفرض حيث يتعذر التوفيق بين القانونين الأجنبيين اللذين يكون لكل منهما
إرادة الإنطباق على المسألة محل المنازعة. عند ذاك لا مناص من التضحية
بأحدهما وإعمال الآخر، فأى قانون من بين هذه القوانين هو الذى يجب أن
يتلقفه القاضى ليطبق حكمه؟

نعتقد أن على القاضى أن يطبق القانون الأكثر فعالية، أى ذلك القانون
الذى يربطه بالمسألة المطروحة روابط وثيقة يترجح معها احتمال تطبيقه لما
يوجد من درجة ارتباط تفوق ذلك الارتباط الذى يربط سائر القوانين الأخرى
بالمسألة المطروحة. ويمكن للقاضى الناظر فى المنازعة أن يقف على هذا
القانون متى أخذ فى الحسبان الضوابط الآتية: طبيعة النصوص المتضمنة فى
كل من هذه القوانين، وموضوعها ودرجة الارتباط الوثيق الذى يربطها
بالمنازعة، والنتائج المترتبة على تطبيق أو عدم تطبيق هذه النصوص
القانونية. وعلى القاضى أن يأخذ هذه المسائل جملة فى الحسبان عندما يعقد
المقارنة بين قوانين البوليس الأجنبية المتنازعة ليصل إلى إنتقاء قانون واحد
واجب الإعمال عندئذ^(١).

(١) مايبير، القانون الدولى الخاص، المرجع السابق، فقرة ١٣١.

والذى لا شبهة فيه لدينا أن القانون الذى يمكن أن تتحقق فيه هذه الضوابط فى عقد العمل هو قانون دولة التنفيذ^(١)، وفى العمليات المصرفية هو قانون الدولة التى يوجد بها المصرف أو الفرع الذى قام بالعملية. ونحن إذ نرجح الحل المتقدم فبتنا نقدر أن ضوابط الاستهداء التى نضعها ليست من قبيل المعايير الواضحة القاطعة التى يعملها القاضى وهو مطمئن دون عناء أو عنت. أبدأ. إن الأمر بشأنها لا يخرج عن كونها موجبات تعيين القاضى فى مهمته بقصد تطبيق أحد القوانين الأجنبية المتنازعة من بين القوانين التى لها صفة قوانين البوليس.

هذا، وتجدر الإشارة إلى أنه متى ثبت اختصاص قواعد البوليس الأجنبية فإنها تنطبق ومن غير أن يحول دون أعمالها عائق اللهم إلا إذا كانت مخالفة للنظام العام فى دولة القاضى^(٢). فالنظام العام هو صمام الأمان الذى بمقتضاه يتم استبعاد كل قانون أجنبى يبدو متعارضاً مع الأسس الجوهرية فى قانون القاضى، اجتماعية كانت أم اقتصادية أم سياسية وذلك بصرف النظر عن المنهجية التى بمقتضاها تم تعيين هذا القانون الأجنبى وما إذا كانت منهجية التنازع التقليدية أم منهجية قوانين البوليس وقواعد القانون العام.

نخلص مما تقدم إلى أن قوانين البوليس أو القوانين ذات التطبيق الضرورى أو المباشر هى قوانين تحدد بذاتها مجال انطباقها، ينعثها البعض أحياناً بأنها قواعد إسناد خاصة بقصد المقابلة بينها وبين قواعد الإسناد التقليدية ودون أن يعطى لها من الناحية الفنية المعنى المحدد لهذه الأخيرة. وحين تعرض منازعة أمام القاضى المصرى مثلاً عليه ابتداءً أن يبحث ما إذا كان هناك قانون من قوانين البوليس واجب الإنطباق أم لا. فإن وجد أنزل حكمه -

(١) أنظر فى ذلك وفى تفاصيل أخرى جادة، الدكتور المستشار منير عبد المجيد، رسالة، فقرة ١٧٢ ص ١٦٩ وما بعدها.

(٢) A. Toubiana, op. cit., No 201 - 234, Y. lequette, recherches sur les modes de protection des incapables en droit international privé, thèse, Paris II, 1973, No 293 - 308; Delaporte, thèse, op. cit., No 239, P. 425; Chaplle, thèse, op. cit., P. 449.

إن لم يجد كان عليه أن يبحث عبر منهجية قواعد الإسناد التقليدية. فإن أشارت إلى قانون أجنبي وجب أعماله في جملته بما فيه القوانين المعتمدة من قوانين البوليس والقانون العام. ومن جانب آخر ليس ثمة ما يحول البتة دون تطبيق قوانين البوليس الأجنبية ولو لم تكن شقاً من القانون الواجب التطبيق على العلاقة. وفي حال تعدد القوانين التي تعطى لنفسها مكنة الانطباق فإنه يكون على القاضي أن يتخير واحداً من هذه القوانين ليطبقه. والقاضي يتمتع - وهو بصدد قيامه بهذه المهمة - بسلطان واسع ولكنه مقيد بضرورة أن تكون هناك مصلحة جديّة ومشروعية تبرر تطبيق قواعد البوليس في هذه الحالة.

ثانياً: كيفية الوقوف على القوانين ذات التطبيق الضروري:

حين نتكلم عن قوانين البوليس التي يلزم تطبيقها تطبيقاً مباشراً وضرورياً دون مزاحمة لها من أي قوانين أخرى أجنبية، إنما نقصد بالقطع أن القانون الذي يتسم بهذا الطابع هو قانون يتعلق بمصلحة على درجة كبيرة من الأهمية والحيوية، عامة كانت هذه المصلحة أم خاصة. المهم أنها من الأهمية بحيث يكون حكمها مقصوراً على قانون دولة القاضي الناظر في المسألة.

ولا شك أن اللجوء إلى منهجية قوانين البوليس في مسائل العلاقات الخاصة الدولية أمر يرتب آثاراً بالغة الأهمية في مطلعها تعطيل العمل بمنهجية التنازع - ولو في حدود معينة في بعض الفروض - بوصفها من بين الأساليب التي يتضمنها القانون الدولي الخاص لحل إشكالياته⁽¹⁾. ومن هذا المنظور يبدو جوهرياً أن نحدد المعيار - إن كان هناك معيار - الذي يمكن الاهتداء به للوقوف على ما يعد من قبيل قوانين البوليس.

والواقع أنه لا توجد ثمة مشكلة إذا حدّد المشرع بنفسه ما يعد من القوانين ذات التطبيق المباشر، وهو ما نراه عادة في التشريعات الجنائية والضريبية وقوانين إيجار الأماكن وقوانين الرقابة على النقد وعلاقات العمل

V. Batiffol, le pluralisme des méthodes en droit international privé, cours la (1) Haye. 1973, T. II. P. 136 et. s.

والعمليات المصرفية والقوانين المتعلقة بحماية المستهلك. على أن إضطلاع
المشرع بهذا التحديد أمر نادر، إذ عادة ما يُحجج عن بيان طبيعة القواعد التي
يسنها^(١).

فإذا صممت المشرع عن بيان طبيعة القاعدة واجبة الأعمال فإن باب
الاجتهاد يكون مفتوحاً أمام الفقه والقضاء بحثاً عن المعيار الذي تتحدد بمقتضاه
طبيعة القانون ومتى يعد أو لا يُعد من قوانين البوليس. وقد وقع اختلاف طويل
بين الفقهاء نعرض له بالقدر الذي يخدم فكرتنا في هذا البحث دون دخول في
التفصيلات. على أنه قبل التصدى للمسألة بحسن بنا أن نبدي الملحوظتين
الآتيتين:

أولاً: يجب أن تصفى في ذهن الباحث فكرة أساسية قوامها أنه لا يصح
اللجوء إلى مبدأ إقليمية التطبيق كضابط أو معيار لتحديد ماهية قوانين
البوليس^(٢). صحيح أن معايير الارتباط التي جرى الاستناد إليها لتحديد القوانين
الضرورية هي معايير من طبيعة إقليمية^(٣) مثل وجود محل إقامة الشخص في
الدولة، ووجود المال فيها أو وقوع الفعل بها، أو إبرام التصرف فوق ترابها أو
تنفيذ العقد عندها، إلا أن ذلك لا يعنى أبداً تحديد قوانين البوليس من خلال فكرة
الإقليمية. فالإقليمية ذاتها فكرة غامضة. إلى ذلك فإنه ليس كل قانون إقليمي يعد
من قوانين البوليس. فقانون موقع المال وإن تحدد على أساس الارتباط الإقليمي،
إلا أن أحداً لم يقل بأنه يندرج في عداد قوانين البوليس. إذن فكرة الإقليمية فكرة

(١) Mayer، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، فقرة ١٢٢، ص ٨٧.

(٢) راجع في عرض هذا المعيار وانتقاده:

Loussouarn، cours général de droit international privé، cours la Haye. 1973، II.

P. 275 ets. V. P. 304 ets.

وأنظر الفقه المصري، الدكتور أحمد عشوش، المرجع السابق، ص ٨٦ وما بعدها؛
الدكتور المستشار يوسف الأكبابي، رسالة، ص ٢٧٣، وما بعدها.

Cothot، le renouveau de la tendance unilaterliste، Rev crit - 1971، op. cit.. (٣)

P. 209 et S: Franceşakis، Rep. Dalloz dr. int. Vo conflits de lois (principes
généraux) op. cit. No 135.

وأنظر أيضاً الدكتور أحمد قسنت الجداوى، نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري،
المرجع السابق، ص ٢٤ - ٢٥.

غير جامعة. فضلاً عن ذلك فإنها غير مانعة بدلالة أن ثمة حالات تمتد فيها قوانين البوليس لتطبيق على العلاقات والوقائع التي تنشأ في الخارج. من ذلك ما يراه البعض من خضوع الطلاق للقانون البلجيكي الصادر في ٢٧ يونية ١٩٦٠ متى كان أحد الزوجين بلجيكياً ولو تم وقوع هذا الطلاق في الخارج^(١).

ثانياً: "إن محاولة تحديد مجال التطبيق المكاني للقوانين على أساس التمييز بين القواعد القانونية التي يحتويها النظام القانوني الوطني داخل تقسيمات مختلفة، ليست من قبيل المحاولات الجديدة على الفكر القانوني في منهجية تنازع القوانين ذاتها. فقد سبق في هذا الصدد مثلاً ما قال به "بيليه" من تفرقة بين القوانين المتعلقة بالتكافل أو الضمان في المجتمع وتلك الخاصة بحماية الحقوق الفردية، أو ما قال به "أرمنجون" من وجوب تمييز ما أسماه "بالقوانين السياسية"، وهي التي تبرز كاستثناء على المبادئ والقواعد القانونية بتقرر لصالح الدولة أو لصالح حزب أو طبقة اجتماعية أو لصالح معتقدات أو أيديولوجيات معينة، ولذلك يلزم تطبيقها بغير التفات إلى القانون الأجنبي، أو ما عبر عنه "ليريور بيجونير" بأنها تلك التي يلزم لإعمالها تدخل مرفق عام أو إحدى السلطات في الدولة، أو ما ميز فيه "نيوماير" بين القواعد الرقيقة (أو الحميدة) والقواعد الأتانية. أو ما يسمى في تحليل الأستاذ "زويجرت" بالقواعد الرقيقة بالمقابلة بإجراءات الصراع"^(٢).

إذا أوضحنا ما تقدم كان علينا أن نعاود طرح السؤال: هل هناك من معيار عام يمكن بمقتضاه تحديد القوانين ضرورة التطبيق؟

١- من رأى الأستاذ "فرانسكاكيس" أنه يمكن إقامة معيار عام تتحدد وفقاً له القوانين ذات التطبيق المباشر يستوحى من الهدف أو الغاية التي يقصد إليها المشرع من سن هذه القوانين. فالقوانين الضرورية للتطبيق، في رأى هذا

(١) Cothot, le renouveau de la tendance unilateraliste. Op. cit. P. 209 ets.

(٢) الدكتور أحمد قسمت الجداوى، نظرية القوانين ذات التطبيق الضرورى ...، المرجع السابق، ص ١١ - ١٢ والمراجع المشار إليها فيه.

الفقيه، هي تلك التي تعكس "تنظيم الدولة"، ومن ثم يلزم إنزال حكمها دون أدنى مزاحمة، ذلك أن طابع "التنظيم" فيها لا يطبق معه تدخل أى قانون آخر أجنبى. وبالنظر إلى هذا المعيار العام يصوغ هذا الفقيه تعريفه لقوانين البوليس بأنها "القوانين التى تكون مراعاتها ضرورية من أجل حماية التنظيم السياسى والإجتماعى والإقتصادى للدولة. ويتمثل المعيار المميز لها فى فكرة التنظيم"^(١).

وبالتطبيق لهذا المعيار يقدر أصحاب نظرية القوانين ذات التطبيق المباشر أنه يتصف بهذه الطبيعة القوانين المنظمة لعلاقات العمل والرقابة على النقد والصرف والمساعدة التربوية للقصر والتأمينات الإجتماعية ونظم التأمين الخاصة والالتزام بالنفقة والقواعد الخاصة بالسجل المدنى ومرفق القضاء ومحاربة الإحتكار، وما شابه ذلك من مسائل تتصل بروابط القانون الخاص إلا أنها تتعلق بتنظيم وكيان الدولة سياسياً واقتصادياً واجتماعياً^(٢).

ونحن من جانبنا لا نستطيع أن ننكر أن هذا المعيار يتسم بعدم التحديد^(٣). ولقد دفع ذلك البعض إلى حد القول بأنه لا يوجد اختلاف فى الطبيعة بين قوانين البوليس وغيرها من القوانين الأخرى. فى الدول الحديثة، يهدف كل قانون إلى ضمان المصالح الإقتصادية والاجتماعية، والاختلاف القائم بين قوانين البوليس وغيرها مجرد اختلاف فى الدرجة. والحال كذلك، فإنه يتعين لتحديد طبيعة قوانين البوليس بحث كل نص تشريعى حالة حالة. ولا شك أن العهدة للقاضى بفحص النصوص القانونية بالنظر إلى كل حالة على حدة أمر له عيوبه: خطر التحكم فى التقدير واقع واضطراب الحلول وزعزعتها أمر وارد،

(١) Francescakis, Rep. Dalloz dr. Int. Vo Conflits de loi, No 137; Y a - 1 - il du nouveau en matière d'ordre public, trav. Com fr., 1966 P. 149.

(٢) فرانيسكاكيس، بمضى التحديدات حول القوانين ذات التطبيق المباشر ...، سابق الإشارة إليه، ص ١١٣، Karaquillio، المرجع السابق، ص ٧٧.

(٣) Mayer، القتون الدولى الخاص، فقرة ١٢٣ ص ٨٨.

وتحكيم القاضى لمفاهيمه ذات النزعة الوطنية لاشك متصور. (١)

نحن لا نتردد فى القول بأن ليس من الميسور بيان الحدود المنضبطة لطوائف قوانين البوليس، وليس من السهل أن نصوص تعريفاً جامعاً مانعاً لها. على أن هذه الصعوبة موجود لها شبيهه فى القانون الداخلى وفى القانون الدولى الخاص بشأن مسائل عديدة من العصى بيانها بدقة. ألا توجد ذات الصعوبة بالنسبة للعديد من المسائل الأخرى، مثل فكرة النظام العام، ومبادئ السكينة والأمن العام، وفكرة الأداب العامة، وبيان مفهوم القانون الطبيعى وقواعد العدالة وغيرها؟ فإذا كان الحال كذلك فلماذا إذن شراسة الحملة المشنونة على قوانين البوليس؟ هل عدم وصول الفقه والقضاء إلى وضع تعريف جامع مانع لفكرة النظام العام استتبع هجر هذا الدفع كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبى الذى يعارض الأسس الحوهرية - الاجتماعية والسياسية والإقتصادية فى قانون القاضى؟

إن أحداً - مشرعاً كان أو فقهياً أو قاضياً - لم يقل بذلك، بل إن من العسر على أحدٍ أن يفعل ذلك. إن الفقه المعتمد فى مصر والخارج يسلم فى خصوص تحديد المقصود بالنظام العام فى نظرية تنازع القوانين بأنه "من العسير ... التوصل إلى تحديد إطار واضح وجامع لفكرة النظام العام". لأنها فى حقيقتها "فكرة وظيفية تهدف إلى تحقيق غاية معينة هى حماية النظام القانونى الداخلى. ومن ثم كان من غير المجدى محاولة وضع هذه الفكرة فى إطار نظرى جامد" (٢).

(١) فى هذا المعنى فى فرنسا Lousouarn، دروس لاهى، ١٩٧٣ - ٢ - ص ٣٢٨ - ٣٢٩؛ لوسوارن، وبوريل، القانون الدولى الخاص، دالوز، ١٩٨٠، فقرة ١٢١، ص ١٥٨. وفى مصر، الدكتور أحمد قسمت الجداوى، نظرية القوانين ذات التطبيق الضرورى ...، ص ١٣.

(٢) أستاذنا الدكتور فواد رياض بالاشتراك مع الدكتورة سامية راشد، الوسيط فى القانون الدولى الخاص، الجزء الثانى، ١٩٩٢، فقرة ١٢١ ص ١٤٦ - ١٤٧، الدكتور منصور مصطفى منصور، مذكرات فى القانون الدولى الخاص، تنازع القوانين ١٩٥٦ - ١٩٥٧، ص ١٣٥.

ثم لماذا الخشية ههنا من تحكم القاضي؟ ألا يخضع القاضي - كما هو الحال عند تقدير النظام العام^(١) - وهو بصدد تحديد ما يعد من قوانين البوليس لرقابة محكمة النقض بحسبان أن الأمر يتعلق بمسألة قانونية، يكشف فيها القاضي عن إرادة المشرع التي اودعها النص^(٢)؟ إن وجود صعوبات تعيق أعمال مفهوم قانوني معين لا يعنى أن نهجر هذا المفهوم متى كان يتفق وحقيقة قائمة ويؤدى وظيفة هي بالفعل مطلوبة كما هو الشأن بالنسبة لقوانين البوليس. فمن ذا الذى يقر مثلاً إخضاع عقد إيجار مسكن فى مصر لقانون أجنبى بقصد الهروب من أحكام الامتداد القانونى للعقد، قولا بأن ذلك هو مقتضى حكم القانون الأجنبى، قانون الإرادة الذى اتفق عليه الطرفان؟ ومن الذى يقر أن يفصل عامل يقوم بعمله فى مصر فصلا تعسفياً لمجرد انضمامه إلى تنظيم نقابى أو قيامه بتظاهرة بمقولة أن القانون الأجنبى المتفق على إخضاع العقد لحكمه يجيز ذلك؟.

نحن نعتقد أن المعيار الذى ساقه الأستاذ فرانسيسكاكيس من شأنه أن يستوعب غالبية الحالات التى يكثر فيها الوقوف على طبيعة القوانين ذات التطبيق الضرورى. ومع ذلك نقدر أن من الأصوب الابتعاد عن وضع صيغة عامة فى هذا الشأن، ومحاولة فحص النصوص القانونية واجبة التطبيق حالة حالة، لبحث ما إذا كان هدف كل قاعدة يوجب بالضرورة تطبيقها على بعض المسائل^(٣). إن عنّ للقاضى ذلك كان معنى هذا أن للقاعدة هذه طابع قوانين البوليس فتطبق من ثم تطبيقاً ضرورياً ومباشراً^(٤). ضابط "الهدف" le but

(١) الدكتور منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ١٣٦.

(٢) قارن ما نقول به بالنسبة لقوانين البوليس مع ما يقول به المرحوم الدكتور أحمد مسلم فى أساس رقابة محكمة النقض لتقرير فكرة النظام العام.

L'ordre public devant le Juge Egyptien. Etude comparative de droit international privé. le caire 1950. P. 59.

(٣) Mayer، القانون الدولى الخاص، فقرة ١٢٣، ص ٨٨.

(٤) Batiffol et lagarde، القانون الدولى الخاص، الطبعة السابعة، ١٩٨١. فقرة ٢٥١، ص ٣٠٠.

الذي يلزم البحث عنه بالنظر إلى كل حالة على حده يقتضى من القاضى القيام بعملية تحليلية لكل قاعدة من القواعد المدرجة فى قانونه. والنتيجة التى يصل إليها بإضفاء طبيعة القوانين ذات التطبيق الضرورى على قانون من القوانين هى عملية يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا، ويكفى فى الكشف عنها أن يكون هدف القاعدة تحقيق مصالح حيوية على درجة من الأهمية بما يعطى لقانون القاضى بشأنها اختصاصاً استثنائياً يرفض معه كل مزاحمة من أى قانون آخر أجنبى. ولا شبهة فى أن الكشف عن هدف القاعدة يُستهدى بشأنه بالوظيفة التى تؤديها هذه القاعدة داخل النظام القانونى فى دولة القاضى، فلا تنافر بين هدف القاعدة ووظيفتها.

المبحث الثانى

تطبيق قانون البنك بوصفه من قوانين البوليس

À titre de lois de police

تقديم وتقسيم:

يتفق رجال الإقتصاد والقانون على وجود صلة وثيقة وتأثير متبادل بين الإقتصاد والقانون^(١). وقد كان من أبرز ثمرات هذا التأثير المتبادل، ميلاد عدة قواعد وأساليب قانونية، لمواجهة بعض الظواهر الإقتصادية، اصطلح على تسميتها بالقانون الإقتصادى. وفكرة القانون الإقتصادى هذه تعبر عن حقيقة قوامها أن تدخل الدولة فى الإقتصاد إنما يكون بهدف حماية السياسة التى تتبعها فى المجال الإقتصادى وبحيث يكون للقواعد التى تضعها الدولة فى هذا المجال خلفية اقتصادية.

وفى العصر الحديث أصبح القانون أداة من أدوات الإقتصاد، واصبح للقانون غاية اقتصادية. وقد كان من نتائج تدخل الدولة فى الإقتصاد خضوعه لقواعد وخطط تضعها الدولة فى مجال الإنتاج والتوزيع والإستهلاك. ومن

(١) الدكتور أحمد شرف الدين، فكرة القانون الإقتصادى، القاهرة ١٩٨٨، ص ٧ والمراجع المشار إليها فيه؛ الدكتور حازم الببلاوى، الحقائق الاقتصادية والفن القانونى، عالم الفكر (الكويت) ١٩٧٣، العدد الثالث، ١١٠ - ١٢٠.

جماع هذه الخطط وتلك القواعد تشكل جوهر ما تواضع الفقه على تسميته بالنظام العام الإقتصادي، وما استتبعه هذا النظام من تراجع مبدأ سلطان الإرادة وميلاد ظاهرة التعاقد الموجه. ومن هنا "انحسر المبدأ الذي كان يقوم عليه قانون العقود ومبدأ سلطان الإرادة. وترتب على المنظور الفني لوسائل الإنتاج أن ظهرت عقود وأشكال قانونية لا يمكن أن تستوعبها القواعد القانونية التقليدية"^(١).

لا شبهة إذن في أن ثمة نوعاً جديداً من القواعد قد نشأ بسبب تدخل الدولة المتزايد في مجال الاقتصاد، سواء لتنظيم الإنتاج والتوزيع والإستهلاك، أم لرقابة الأسعار ورعاية مصالح طوائف إجتماعية جديدة بالحماية^(٢).

هذا، وتتدخل الدولة في كثير من البلدان منها فرنسا بجملته أساليب بقصد حماية الحرية الاقتصادية من جانب، وحماية الطرف الضعيف اقتصادياً في بعض العلاقات العقدية من جانب آخر. والفكرة الجوهرية التي تهيمن على هذه الأساليب، في المجال الإقتصادي، هي فكرة النظام العام الإقتصادي. وهذا النظام العام التدخلى ينقسم بحسب الهدف منه إلى نوعين: النظام العام الحماني والنظام العام التوجيهي. وغاية الأول هي حماية الطرف الضعيف اقتصادياً في بعض العقود، كالعامل في عقد العمل والمستهلك بصفة عامة، والمستأجر في عقد الإيجار الزراعي. أما الثاني فهو ذلك النظام العام الذي تستهدف به الدولة عند تدخلها ضمان حسن سير الإقتصاد القومي عن طريق رقابة العقود التي تقف عقبة في سبيل ذلك. ومن أمثلة هذا النوع التشريعات الخاصة بالأسعار، والتي وفقاً لها تعد العقود التي تفرض أسعاراً تزيد على التسعير الجبري، عقوداً مخالفة للنظام العام^(٣).

(١) الدكتور أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ١٣.

(٢) الدكتور أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ١٤.

(٣) الدكتور أحمد شرف الدين، المرجع السابق، فقرة ٥٤ ص ٦٩.

ويمكن القول إن العمليات المصرفية هي من بين المجالات التي شهدت تدخلاً واسعاً من جانب الدولة نظراً لأهمية الوظيفة التي تؤديها وارتباطها بمرفق حيوى هو مرفق الإقتصاد القومى فى الدولة. فى هذا الميدان ظهر ما يسمى بالعقد المصرح أو المأذون به، وهو ذلك الذى يلزم لانعقاده، بالإضافة إلى تلاقى إرادات أطرافه، الحصول على إذن الإدارة التي تتدخل فى العقد كما لو كانت طرفاً ثالثاً. ويظهر ذلك بوضوح فى المعاملات المصرفية الدولية التي يلزم القيام بها الحصول على ترخيص من الإدارة^(١). وسلطة الإدارة هذه، تجد تفسيرها عند البعض فى أن الأصل فى المجال الذى تعمل فيه هو أن الشخص لا يملك أهلية التعاقد، وأن إذن الإدارة هو الذى يخوله هذه الأهلية، والإدارة لا تمنح الإذن إلا بعد التأكد من أن مضمون العقد يتفق مع المصلحة العامة، وهذا مظهر من مظاهر ازدياد الطابع العام للعقود^(٢). ونرى أن الأمر يتعلق بشرط شكلى غايته حماية مصلحة حيوية فى المجتمع، ومن ثم كان القانون الذى ينظمه من القوانين ذات التطبيق الضرورى التي تنطبق دون مزاحمة متى كان القائم بذلك بنك موجود فى مصر وبصرف النظر عن جنسية القائمين به.

متى استبان ما تقدم فإنه يتعين علينا أن نبحث إلى أى مدى ينكمش دور قاعدة التنازع فى خصوص العمليات البنكية بفعل انتشار قوانين البوليس المنظمة لهذه العمليات (مطلب أول)، وما هى إمكانية تطبيق قوانين البوليس الأجنبية فى هذا الشأن (مطلب ثانى).

المطلب الأول

تطبيق قوانين البوليس المصرفية الوطنية

لما كانت البنوك تمارس عمليات حيوية وهامة متعلقة بالإقتصاد الوطنى، فقد جرت التشريعات المقارنة على إخضاع هذه البنوك عند ممارستها

(١) فى هذا المعنى، الدكتور أحمد شرف الدين، المرجع السابق، فقرة ٦٥٣ ص ٧٩ - ٨٠، والمراجع المشار إليها فيه.

(٢) الدكتور أحمد شرف الدين، ص ٨٠ والمراجع المشار إليها فيه.

لنشاطها، أياً كانت، لقانون الدولة التي تمارس فيها نشاطها^(١). ومن هذا المنطلق، جاء القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨٤ ليضيف في مادته الثانية إلى قانون البنوك والائتمان المادة ٢٦ مكرراً والتي تنص صراحة على أنه "تخضع جميع البنوك التي تمارس عملياتها داخل جمهورية مصر العربية لأحكام هذا القانون".

فمن المعلوم أن للبنوك دوراً هاماً في الحياة الاقتصادية. فالبنوك التجارية تقوم بخلق جزء من النقود هي النقود الكتابية، كما أن البنك المركزي يقوم بإصدار النقود القانونية ويهيمن ويشرف على سياسة الائتمان في الدولة. كما تقوم البنوك المتخصصة وبنوك الأعمال بإعطاء القروض متوسطة وطويلة الأجل للقطاعات الاقتصادية. وبصفة عامة، فإن الجهاز المصرفي يقوم بجمع المدخرات المحلية ووضعها تحت تصرف الأفراد والمؤسسات والقطاعات الاقتصادية التي هي في حاجة إلى مصادر تمويلية. ومن ثم يقوم هذا الجهاز بالدور التمويلي للإقتصاد القومي. هذا الدور الحيوي الذي يؤديه الجهاز المصرفي جعل الدولة تتدخل لضمان سيطرتها عليه وتوجيهه الوجهة التي تتفق مع سياستها العامة.

ولعل الوظيفة الخطيرة التي تضطلع بها البنوك من حيث كونها تخلق النقود وتؤثر في خلق الائتمان وتوجيهه دفعت جانباً من الفقهاء إلى حد القول - البنوك إنما تدير مرفقاً عاماً^(٢)، أو - بالأقل - تقوم بما يشبه المرفق العام. إنها تدير مرفقاً قريباً من المرافق العامة. وأياً كانت صحة الوصف المتعلق بضيعة العمل الذي يؤديه البنك، فإن الذي لا ينكره أحد هو أن ما تقوم به من نشاط جوهري يتعلق بتصميم الإقتصاد القومي. ومن هذا المنظور تتواضع سائر

(١) انظر في تفاصيل ذلك في القانونين الفرنسي والسويسي، Stoufflet في J. cl. Banquet et credit, Fasc. 120 الفقرة ٣٩ - ٣٤.

(٢) انظر في عرض هذا الاتجاه والتعليق عليه الدكتور علي جمال الدين هوض. عمليات البنوك ... المرجع السابق، فقرة ٥ من ١٢ وما بعدها.

الدول على إخضاع البنوك فى ممارستها لعملها لتنظيم محدد ورقابة صارمة يبررهما أن نشاطها يمس مصالح جوهرية لا يمكن تركها دون حماية، هى إجمالاً تتعلق بتداول النقود وبالانتماء. فالرقابة إذن تستهدف أمرين: أولهما "حماية مصالح كل من يلجأ إلى خدمات البنوك وبخاصة المودعين. وهذه الخدمات لا غنى عنها للتجار ولغير التجار، والمشرع يستهدف حماية الودائع ليس فقط من إنكار البنوك إياها أو تضییعها، بل كذلك من ضياعها نتيجة سوء الإدارة التى تعطل السيولة، لدى المصرف". وثانى الأمرين يكمن فى أنه لما كان الانتماء قد أصبح عصب الإقتصاد الوطنى وركيزة التجارة الداخلية والخارجية، توجب تنظيم شروطه والتأكد من سلامة الأجهزة التى تقوم على منحه وتوزيعه^(١).

ويشير فقه القانون التجارى إلى أن القانون المصرفى إنما ينظم حرفة المصارف تنظيمًا دقيقًا، فوق أنه يقوم على اعتبارات مستمدة من المصلحة العامة تختلف عن تلك التى يقوم عليها قانون التجارة. وينعت البعض هذا القانون بأنه قانون وظيفى لكونه ينظر إلى الجهاز المصرفى بوصفه جهازًا يقوم بوظيفة اقتصادية، بينما يدخله آخرون فيما يسمى بالقانون الإقتصادى. ويتمتع القانون المصرفى باستقلال يبرره موضوع النشاط الذى ينظمه، وهو النقود فى صورها المختلفة، سواء أكانت عملة أم قيودًا كتابية مصرفية أم أوامر مصرفية^(٢).

والناظر فى القانون التجارى المصرى الجديد يلحظ أنه تكلم بصورة مفصلة عن كثير من عمليات البنوك. وقد فعل الشارع ذلك إدراكًا منه لأهمية هذه العمليات وأنها عماد الإقتصاد القومى فى البلاد^(٣). كما عرض التقنين

(١) الدكتور على جمال الدين عوض، عمليات البنوك، ١٩٨٩، المرجع السابق فقرة ٦ ص ١٣.

(٢) الدكتور على جمال الدين عوض، عمليات البنوك، ١٩٨٩، المرجع السابق فقرة ٧ ص ١٥.

(٣) الدكتور محسن شفيق، الوسيط ج ٣، ١٩٦٢، ص ٣ - ٤.

المدنى لبعض العمليات المصرفية. ويضاف إلى ذلك جميعاً صدور قوانين أخرى عديدة منها تلك الخاصة بالرقابة على النقد والتعامل فى النقد الأجنبى، والأحكام المنظمة للبورصات، وإصدار الأوراق المالية الخاصة بالشركات، وكذلك التشريعات المنظمة للجهاز المصرفى والاستثمار الأجنبى.

ويلاحظ على هذه النصوص أمران: حاصل أولهما: أن منها ما يدخل فى القانون العام لكونه يتصل بتنظيم يمس مصالح عليا تتعلق بالجهاز المصرفى والائتمان العام والخطة الإقتصادية للدولة^(١). كما أن منها ما يدخل فى القانون الخاص. وحاصل جمع هذه النصوص يندرج فى عداد ما يُسمى بالقانون الإقتصادى. وفى صلب هذا الموضوع نجد جانباً من تشريعات العمليات المصرفية له صفة قوانين البوليس الأمرة بسبب الهدف الذى يقصده النص. وأوضح ما يكون ذلك فى تشريعات التعامل فى النقد.

وخلاصة ثانيها، أن هذه النصوص تنطبق كلها على العمليات التى تواجهها دون تمييز بين ما إذا كان البنك القائم بها من بنوك القطاع العام أم من بنوك القطاع الخاص أم من البنوك المشتركة أم له صفة الفرع الأجنبى.

ولعل نظرة على القانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ (الخاص بالبنوك والائتمان والتعديلات اللاحقة)^(٢) تكشف لنا بجلاء عن الطابع الأمر لجانب كبير من عمليات البنوك. فنجد أولاً أن من وظائف البنك المركزى فى الدولة الرقابة على الجهاز المصرفى ككل بما يكفل سلامة مركزه المالى سواء أكان مملوكاً للدولة أم مشتركاً أم فرعاً لبنوك أجنبية. ويقوم البنك المركزى ثانياً بتنظيم السياسة النقدية والائتمانية والإشراف على تنفيذها وفقاً للخطة العامة للدولة وبما يساعد على دعم الإقتصاد القومى وتحقيق الاستقرار النقدى وذلك

(١) الدكتور على جمال الدين عوض، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص ١٦.
(٢) والمعدل بالقانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ فى شأن البنك المركزى المصرى والجهاز المصرفى، والقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨٤ (الجريدة الرسمية - العدد ١٣ مكرر (ز) فى ١٩٨٤/٣/٣١) والقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٩٢ (الجريدة الرسمية العدد ٢٣ (تابع) فى ٤ يونية ١٩٩٢).

عبر أدوات ووسائل محددة: نسبة الاحتياطي القانوني ونسبة السيولة الواجب الاحتفاظ بها وأسعار الفائدة الدائنة والمدينة وأسعار الخصم، وضوابط التوسع الائتماني وعمليات السوق المفتوحة وإيداع البنوك العاملة في مصر لنسبة من الودائع بالعملة الأجنبية^(١). ونستطيع أن نقرأ في قانون ١٩٥٧ والتعديلات الجوهرية التي طرأت عليه وآخرها التعديل الصادر بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٩٢ جملة من القواعد القانونية المنظمة لتأسيس البنوك وتسجيلها والمتعلقة بتسيير البنوك والرقابة عليها، وهي قواعد على جانب كبير من الأهمية للاقتصاد القومي لها في غالبيتها صفة أمرية ويترتب على مخالفتها جزاءات جنائية.

خلاصة ما تقدم هو أن غالبية القوانين المنظمة لعمليات البنوك لها صفة قوانين البوليس. بيد أن هذا الأمر يحتاج إلى مزيد من التحديد:

حينما نقول إن قانون البنك ينطبق بوصفه من قوانين البوليس فإن قصدنا يتوجه أصلاً ناحية الفرض حيث تتم العملية المصرفية ذات الطبيعة الدولية في مصر بواسطة أحد المصارف العاملة فيها وأياً كانت صفة هذا المصرف. ففي هذه الحالة يكون القانون المصري - قانون المصرف - هو الواجب التطبيق دون شبهة من خلال منهجية التنازع وهو ما يتحقق بالاختيار الصريح أو المؤكد لهذا القانون أو باعتبار أن هناك قاعدة إسناد تقضى من حيث المبدأ بتطبيق قانون المصرف بوصفه صاحب الأداء المميز، كما ذكرنا.

على أن ذلك لا يخل أبداً بإعمال قوانين البوليس المصرفية في مصر في الفرض حيث يتم إبرام العملية المصرفية من قبل مصرف في مصر ويتفق المتعاقدان على إخضاع العملية لقانون آخر أجنبي. فالقانون المختار بمقتضى قانون الإرادة لا يجرد القانون المصري من التدخل لتنظيم المسائل المتعلقة بهذه

(١) أنظر في أدوات السياسة النقدية والائتمانية المخولة للبنك المركزي، الدكتور السيد عبد المولى، التشريعات الاقتصادية، دار النهضة العربية، ١٩٩٠، فقرة ٣٦ وما بعدها، ص ٥٥ وما بعدها.

عملية والمعتبرة من قوانين البوليس، كضرورة حصول الشخص مثلاً على إذن أو تصريح للقيام بالتصرف موضوع العملية المصرفية والقواعد المنظمة للرقابة على النقد ومعدل الفائدة أو العائد^(١). ذلك أن من المقرر أن قواعد البوليس ذات التطبيق الضروري إنما تقيد من مجال أعمال قواعد الإسناد أمام هذا القاضى. كما لا يخل هذا أيضاً بإمكانية تطبيق قوانين البوليس الأجنبية من قبل القاضى المصرى سواء تعينت هذه القواعد بمقتضى قاعدة الإسناد المدرجة فى القانون المصرى أم لا على التفصيل الذى بيناه.

نعاود التركيز على نقطة جوهرية: حين نقول إن قانون البنك ينطبق بوصفه من قوانين البوليس إنما نقصد - فى الأصل - تطبيق القانون المصرى الذى تعين عبر منهجية التنازع فتأتى منهجية القوانين ذات التطبيق الضرورى هذه المرة لتدعم منهجية التنازع فى النتيجة وتكون المحصلة واحدة: قانون مقر البنك القائم بالعملية هو الذى يجب تطبيقه. وفى هذا الشأن تلتزم جميع البنوك العاملة فى مصر (م ٢٦ من قانون ٨٤) وأياً كانت طبيعة هذه البنوك وصفاتها باحترام أمرين:

الأول. احترام القواعد المنظمة للتعامل بالنقد الأجنبى^(٢). (م ٦ من قانون ١٩٧٦). ويقوم البنك المركزى المصرى بمراقبة تنفيذ عمليات النقد الأجنبى التى تقوم بها المصارف المعتمدة (م ١٦ من لائحة تنظيم التعامل بالنقد

(١) وتجدر الإشارة إلى أن المادة الرابعة من القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٩٢ (الخاصة بدبل بعض أحكام قانون البنوك والانتماء وقانون البنك المركزى المصرى والجهاز المصرفى) تنص على أنه "يستبدل بكلمة "الفائدة" أينما وردت فى القانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ أو القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ كلمة "العائد" على أنه يلاحظ أنه ليس للتعبير أى أثر موضوعى، وقد تم التعديل لاعتبارات خاصة لضبط الاصطلاحات للتماشى مع حكم الشرع الإسلامى.

(٢) القانون رقم ٩٧ لسنة ٧٦ (الجريدة الرسمية فى ٢٨ أغسطس سنة ٧٦ - العدد ٣٥ مكرر) والمعدل بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠.

الأجنبي^(١).

ويقع على عاتق جميع المصارف العاملة في مصر - وأياً كانت صفتها - احترام القواعد المتعلقة بالتعامل في النقد الأجنبي، وتلك التي تنظم تشغيل أرصدة المصارف المعتمدة وكيفية التعامل الأجل في هذا النقد ووسائل الدفع مع الخارج والقواعد المنظمة للمدفوعات المتعلقة بالتجارة الخارجية.

كما يقع على عاتق هذه البنوك أن تلتزم بتطبيق كافة القواعد السابقة في شأن جميع عمليات الوفاء الدولية التي تقوم بها سواء لحسابها الخاص بها أم لحساب عملائها. كما تلتزم هذه البنوك بمراعاة هذه القواعد متى طلب إليها تنفيذ بعض هذه العمليات في مصر بوصفها "وسيطاً مقبولاً".

وهكذا يمكن للباحث أن يرصد ما لمسألة تنظيم التعامل بالنقد الأجنبي من أهمية حيوية بالنسبة للسياسة الإقتصادية المصرية، وهي أهمية أوجبت تنظيمها من قبل المشرع بصورة مفصلة ودقيقة جاعلاً منها قواعد ذات تطبيق ضرورى ومباشر. وينجلى مظهر قواعد البوليس بوضوح ههنا عند كل فرض يعلق فيه المشرع الوطنى المعاملة المصرفية الدولية على ضرورة الحصول على إذن أو ترخيص من جهة الإدارة، وهو إذن لا يمنح إلا إذا تأكدت هذه الجهة من أن مضمون العقد يتفق مع المصلحة العامة^(٢).

الثانى: احترام القواعد المنظمة لعمليات الانتماء. ويمكن ببساطة تجسيد المبدأ في هذا الخصوص فى الآتى: إن أى عملية من عمليات الانتماء المصرفى تتم على التراب المصرى يجب أن تخضع وبصفة ضرورية لأحكام

(١) قرار وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية رقم ١١٧ لسنة ١٩٩١ فى شأن اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٧ لسنة ٧٦ بتنظيم التعامل بالنقد الأجنبى (الوقائع المصرية - ملحق للجريدة الرسمية فى ٢٧ فبراير ١٩٩١ العدد).

(٢) فى هذا المعنى فى مصر، الدكتور أحمد شرف الدين، المرجع السابق فقرة ٦٣ ص ٧٩ - ٨٠؛ وفى فرنسا Fouchard، مقالة بعنوان القانون الفرنسى وعمليات البنوك المرتبطة بالنشاط الدولى، منشور فى R. J. C.، ١٩٨٤، المرجع السابق، فقرة ٢٣ ص ٧٥، ٧٦.

القانون المصري المنظمة للانتمان. ولا يتصور أبداً أن تتم عملية مصرفية فى مصر من غير أن تمتثل للتنظيم الأمر لقواعد الانتمان فى هذا المكان^(١). هذا، وكون عمليات الانتمان فى هذه الحالة لها صفة الدولية لا يجعلها تنمرد على الامتثال لقواعد البوليس التى تنظمها. مثلاً الشروط العامة التى يضعها البنك المركزى للقيام بعمليات الانتمان تنطبق على سائر العمليات التى تجريها المصارف الموجودة فى مصر وأياً كانت صفتها. فهذه القواعد لا تتعلق بمجرد تنظيم للإدارة داخل المصرف، لا بل إن لها أثراً على العلاقة التى تربط البنوك العاملة فى مصر بعملائها أو بشركائها، أياً كانت الدولة التى يوجد بها موطن هؤلاء، وبصرف النظر عن الجنسية التى يحملونها^(٢). ومن قبيل ذلك الأحكام والقواعد التى تحدد مبلغ الإعتماد ومدته ومعدل العائد عليه.

والحال كذلك فإنه لا يتصور أيضاً أن يكون فى مقدور فرع لبنك أجنبى أو بنك وليد لبنك أم فى الخارج الإحتجاج فى مصر بعدم الخضوع للقوانين المنظمة للانتمان بزعم أنها تخضع وحسب للقانون الأجنبى، قانون البنك الرئيسى أو البنك الأم. كما لا يكون لأى منها التمسك بتشريع دولة أجنبية بهدف التخلص من الالتزامات المفروضة عليه بمقتضى القانون المصرى. فلا شبهة فى أن القوانين المنظمة للانتمان هى من قوانين البوليس ذات التطبيق الضرورى^(٣). فمختلف النصوص المتعلقة بالانتمان المصرى *le credit à l'activité bancaire* تعد -- كما يقرر البعض - من قوانين البوليس، تنطبق بهذه الصفة محددة بذاتها مجال انطباقها، ودون منازعة لها من أى قانون آخر. فغاية هذه القوانين *la finalité* وهدفها *Le but* تقضى بضرورة النظر إليها بوصفها

V. en ce sens en France, Fouchard, op. cit., No 26, P. 26 - 77; Gavalda, Rep. (١)
Daloz dr. int, op. cit., No 29; loussouarn et Bredin, op. cit., No. 659.

(٢) فى نفس المعنى فى فرنسا Fouchard، المرجع السابق، ص ٧٧.

Fouchard, op. cit., No 21 ets; Niboyet, T. 4 No 1110 ets; Gavalda, Rep. (٣)
Daloz dr. int. op. cit., No 29 et les references citées; stoufflet, les conflits de lois en matière d'opérations de Banque, Annale de la Faculté de droit de Clermont, 1965, op. cit, P. 210; loussouarn et Bredin, op. cit., No 659, P. 735 ets.

كذلك^(١). فهي قواعد تهدف إلى حماية المصالح الاقتصادية الوطنية وإلى توجيه السياسة النقدية والمالية القومية، وإلى تشجيع عمليات التصدير، الأمر الذي ينطوي دون شبهة على تحسين في كل من الميزان التجاري وميزان المدفوعات^(٢).

وعلى ضوء ما تقدم فإنه يمكن لنا أن نرصد عند الاستخلاص

ملاحظتين:

أولهما: إن القانون المصرفي في كل دولة من الدول إنما يعنى بصفه أساسية بوضع تنظيم المهنة المصرفية وشروط عمل المؤسسات البنكية والقواعد التي تنظم الرقابة عليها في ممارسة نشاطاتها البنكية المختلفة. فالقانون المصرفي لا يتناول، إلا في القليل، علاقات البنوك بعملائها. فهذه القوانين ليس موضوعها العمليات المصرفية ذاتها التي تبرمها البنوك مع عملائها، وإنما هي قوانين يتوجه جل الخطاب فيها للمصارف العاملة في الدولة التي يكون محظوراً عليها القيام ببعض العمليات أو التي تكون ملزمة بمراعاة قواعد الإدارة المالية والنزول على مقتضى ما يسمى "بشروط البنك" التي تفرضها السلطات العامة في الدولة وغير ذلك من أحكام. غير أن هذا لا يعنى البتة عدم تأثر العمليات المصرفية التي تتم بين البنوك وعملائها، بقوانين السياسة الاقتصادية والنقدية التي يفرضها المشرع في هذا الشأن. فمعاملات البنوك مع عملائها تنقيد مثلاً بشروط منح الاعتماد، وأجل القرض ومبلغه وسعر العائد، وسعر الخصم وحظر الربا الفاحش وغير ذلك. والحال كذلك فإن العمليات المصرفية التي لا تراعى ما تفرضه هذه القوانين إنما يتسرب إليها البطلان^(٣).

Gavalda. Rep. Dalloz dr. int., Vo Banque et etablissement financier, op. cit., (١)
No 29

Fouchard, op. cit., No 26, P. 77. (٢)

V. en ce sens, Stoufflet, les conflits de lois en matière d'opérations de banque, (٣)
op. cit., P. 210; lousouarn et Bredin op. cit., No 659; Fouchard R. J. C., op.
cit., No 26, P. 77; Gavalda, Rep. Dalloz dr. int op. cit., No 32 et les refernces.

وفى عبارة أخرى معادلة، هناك قوانين بوليس مهنية تهم العمل المصرفى كأى مهنة من المهن وإن كان من النادر أن يكون لها تأثير على العمليات المصرفية التى تقدمها المصارف، إعلانيها. ويقابل ذلك القواعد التى تخاطب المصارف وتكون غايتها - فى عين الوقت - وضع قيود على العمليات التى تقوم بها مع عملائها. من هذا القبيل القواعد التى تحدد الأسقف الائتمانية وأجال القروض، والالتزامات الواقعة على عاتق البنوك بالحصول على ضمانات معينة، وسعر الخصم، وأسقف إعادة الخصم. هذه القواعد تنطبق على كل عملية يقوم بها البنك لمصلحة عميل من عملائه. وهى تنطبق على نحو ضرورى بوصفها من قوانين البوليس الإقتصادية^(١).

ثانيها: أن العمليات المصرفية تخضع لجملة من القواعد ترمى إلى خلق تنظيم مباشر ينطبق على هذه العمليات. فالأمر يتعلق بقواعد ترمى إلى حماية مصالح أساسية، اقتصادية واجتماعية غاية فى الأهمية. وتتمحور الفكرة الأساسية هنا فى أن الانتشار "العنكبوتى" لقوانين البوليس المنظمة للعمليات البنكية - بصورة مباشرة أو غير مباشرة - أمر يبرر تطبيق قانون البنك. صحيح أن ليست كل القواعد التى تنظم جوانب العمليات البنكية لها صفة التطبيق الضرورى، إلا أن ثمة اعتبارات فنية تكمن فى عدم تجزئة العقد - بمقتضى قاعدة الإسناد فى ظل منهجية التنازع - وتجنيب إخضاعه لأكثر من قانون تظاهر أهمية المبدأ القائل بإخضاع عمليات البنوك لقانون البنك^(٢).

وهكذا، فإن تدخل قانون البنك، نزولاً على مقتضيات قوانين البوليس المنتشرة فى هذا المكان والمنظمة للعمليات المصرفية، أمر يؤكد فعالية القاعدة العامة التى تقضى بإخضاع هذه العمليات لقانون البنك بمقتضى منهجية التنازع

(١) اقرأ فى هذا المعنى، Gavalda، موسوعة القانون الدولى، البنك والمؤسسة المالية، المرجع السابق، فقرة ٢٩.

(٢) - 52 P. 12، No 12، op. cit.، 1987، Mattout (J. P). Le droit bancaire international، 53: Fouchard، op. cit.، No 20، P. 75، Stoufflet les conflits de lois en matière d'opérations de Banque، rapport précité، P. 206، V. P. 210؛ Freymond، Cours la Haye. 1970، op. cit.، P. 14.

ذاتها. فالبنك الذى يقوم بالعمل المصرفى لا شك يمثل للقوانين الأمرة المعمول بها فى هذا المكان. فوق ذلك، فإن وجود مثل هذا التنظيم المصرفى ذى التطبيق الضرورى – فى الدولة التى يوجد بها المصرف – تجعل من المرغوب فيه أن يختار الأطراف قاتون البنك ليحكم العملية المصرفية^(١). فالمؤسسة المصرفية لا شك تستغرق العملية العقدية^(٢).

وفى تجسيد هذه المعانى يذهب رأى فى الفقه له وزنه إلى أنه من الملازم هنا أن نفترض، عندما يلوذ الأطراف بالصمت، أنهم قد قصدوا إلى إخضاع عقدهم فى مجمله للقانون الذى سوف تنطبق بعض نصوصه على العملية باعتبارها من القوانين ذات التطبيق الضرورى^(٣). وفى عبارة أخرى ينطبق قانون البنك عندئذ بوصفه إعمالاً لقانون الإرادة وفق منهجية التنازع التقليدية، وبوصفه من القوانين ذات التطبيق الضرورى. والبادئ فى هذه الحالة أن هناك تطابقاً فى النتيجة بين منهجية التنازع ومنهجية قوانين البوليس وهو تطابق يجعل من إعمال قانون البنك الحل الأكثر فعالية من أى حل آخر متصور^(٤). هذا التطابق بين قانون العقد وقوانين البوليس بشأن هذا النوع من

(١) Stoufflet, les conflits de lois en matière d'opérations de Banque. op. cit., P. 210.

(٢) Niboyet, Traité de droit international privé, T. V. P. 26.

(٣) Batiffol et Lagarde, droit international privé, T 2, op. cit., No 576, V. Précisément P. 281; Loussouarn et Bredin op. cit., No 659, P. 736, Stoufflet, J Cl. Banque et credit, Fasc. 120, Vo Banque et opérations de banque en droit international, op. cit., No 67.

(٤) اقرأ فى هذا المعنى فى الفقه الفرنسى Fouchard، المرجع السابق، فقرة ٢٨، ص ٧٧ – ٧٨ حيث كتب يقول:

"la loi française, lorsque'elle édicte une réglementation de police économique et financière, s'impose donc à toutes les opérations internationales touchant aux buts et et aux intérêts généraux ainsi poursuivis, mais seulement à elles ce champ d'application, très généralement territorial, coincide heureusement, le plus souvent, avec celui de la loi de la banque, loi normalement competente selon la règle de conflit. les banques agissant en France ont donc à observer les lois de police Française: elles le font d'autant plus "spontanément" que la competence de cette loi leur paraît naturelle et facilité leur activité.

العلاقات هو "حدث سعيد" كما يعبر البعض^(١). صحيح أنه يمكن للأطراف أن يختاروا قانوناً آخر ليحكم هذه العملية المصرفية الدولية، إلا أن ذلك يعد أمراً غير عادي يجب أن تتوافر له ظروفه الخاصة التي تبرره^(٢). وفي الجملة فإن قانون البنك ينطبق ليس وحسب بوصفه قانون العقد، وإنما أيضاً بوصفه قانوناً أمراً^(٣)، أي من قوانين البوليس ذات التطبيق الضروري.

المطلب الثاني

تطبيق قوانين البوليس المصرفية الأجنبية

ينبغي بادئ ذي بدء ملاحظة أمرين في هذا الصدد؛ الأول: أن قوانين البوليس ذات التطبيق الضروري تفترض أننا إزاء عمليات مصرفية تقوم بها البنوك العاملة في مصر. وليس للبنوك الأجنبية العاملة في مصر أن تتذرع بقواعد البوليس الأجنبية لتبرر عدم تنفيذها للالتزامات المصرفية التي يفرضها عليها المشرع المصري في صورة أمر. ذلك أنه في حالة التزاحم بين قوانين البوليس الوطنية وقوانين البوليس الأجنبية لحكم مسألة ما، فإن الأولى وحدها هي التي يجب إعمالها دون أدنى تردد^(٤). والحال كذلك، فإنه إذا اتفق بنك أمريكي مع عميل مصري على أن يقدم له خدمة مصرفية في مصر عن طريق أحد الفروع التابعة له فيها فإنه لا يكون لمثل هذا البنك في سبيل التخلص من الالتزامات الملقاة على عاتقه بسبب هذه العملية أن يتذرع بالإجراءات المقيدة

(١) في هذا المعنى، Kegel، مقالة السابق الإشارة إليه، ص ١٩٩، فوشار. المرجع السابق، ص ٧٧.

(٢) Gavalda. problemes de droit Bancaire international posés par l'affaire interbnk. A'propos d'une ordonnance de referé du president du tribunal de grand instance de la seine. Revue critique. 1969. P. ets. V. precisemnt. P. 9.

(٣) Stoufflet. les conflits de lois en matere d'opérations de Banque. rapport precité. P. 206. V. P. 208.

(٤) في هذا المعنى في القضاء الفرنسي، استئناف باريس، ٢٦ أكتوبر ١٩٣٣. المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، ١٩٣٤، ص ٤٦٥، وأنظر في الفقه الفرنسي في هذا الاتجاه، Gavalda، البنك وعمليات البنوك في القانون الدولي، المرجع السابق، فقرة ٤٤؛ باتيفول ولاجارد، المرجع السابق، الجزء الثاني، فقرة ٥٧٦ وفقرة ٦١٢، لوسوارن وبوريلد، القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، فقرة ١٣٣.

التي يفرضها القانون الأمريكي في هذه الحالة. فقوانين البوليس المصرفية في مصر تكون هي واجبة للإعمال^(١).

والثاني، أنه يمكن للباحث أن يقرر، في إطار ذات المنهج، أن الفروع التابعة للبنوك المصرية والتي تعمل في الخارج، يكون عليها أن تمتثل بالدرجة الأولى لقوانين البوليس في الدول الأجنبية التي تعمل فيها ودون أن تمتد قوانين البوليس المصرفية المصرية لتنظيم هذه العمليات^(٢).

على أنه يرد على الملاحظتين الفانتتين تحفظ يجمع بينهما، وهو تحفظ له جانبان: أولهما: أنه ليس ثمة ما يمنع البتة من تطبيق قوانين البوليس الأجنبية وقوانين البوليس الوطنية على عملية مصرفية واحدة متى كان ذلك ممكناً ولم يكن ثمة أي تعارض بين هذه وتلك، وثانيهما: أن ليس ثمة أي سبب منطقي يدعونا إلى أن نرفض في مصر تطبيق قانون أجنبي على العملية التي يقوم بها فرع في مصر بخصوص القواعد المحاسبية أو قواعد الإدارة المالية التي يفرضها البنك الرئيسي بقصد تحقيق يسار المؤسسة المالية متى كانت هذه القواعد لا تتعارض في شيء مع القواعد التي يفرضها القانون المصري. والعكس صحيح بالنسبة للفروع التابعة للبنوك المصرية والعاملة في الخارج.

متى استبان لنا ما تقدم كان علينا أن نعاود طرح السؤال الهام في هذا الصدد: هل يمكن للقاضي المصري أن يطبق قوانين البوليس المصرفية الأجنبية؟

لم يجد القضاء الفرنسي عائقاً يمنعه من ذلك متى لم يكن في هذه القوانين ما يمس النظام العام الفرنسي. وقد طبق القضاء هذا المبدأ في

(١) قارن مع ذلك في فرنسا حكم محكمة مارسييليا التجارية، ٢٠ يناير ١٩٢٦، Clunet، ١٩٢٧ ص ٦٧.

(٢) في ذات المعنى في الفقه الفرنسي، Gavala، موسوعة القانون الدولي، Banque..، فقرة ٤٣١؛ Stoufflet في 14 No 6، J. Cl. Banque et Bourse، أيضاً مقاله بعنوان: البنك وعمليات البنوك في القانون الدولي، سابق الإشارة إليه، فقرة ٤٤.

خصوص القوانين الأجنبية المتعلقة بالرقابة على الصرف وهي من قوانين البوليس كما نعلم^(١). والملاحظ أن القضاء قد طبق - وهنا - قوانين البوليس هذه بوصفها جزءاً من القانون واجب التطبيق على العقد بمقتضى منهجية التنازع. فيمقتضى فكرة الإسناد الإجمالى تكون هذه القوانين الأجنبية بمثابة جزء لا يتجزأ من قانون العقد ويلزم من ثم تطبيقها.

وليس ثمة أدنى مانع يحول دون تطبيق قوانين البوليس المصرفية الأجنبية ولو لم تكن جزءاً من قانون العقد متى توافرت الضوابط العامة التى سبق لنا إيضاحها فى تفصيل^(٢).

وتطبيق القاضى الوطنى لقوانين البوليس الأجنبية، فى خصوص العمليات المصرفية الدولية متى لم تكن هذه القوانين مخالفة للنظام العام فى دولة القاضى أمر نقرأه بوضوح فى قضية نموذجية عرضت أمام القضاء الفرنسى هى "L'affaire interbank".

وتتعلق وقائع القضية بمؤسسة مصرفية - هى مؤسسة interbank - تأسست فى شكل شركة مساهمة فى بيروت سنة ١٩٥٢، وهى مؤسسة عملاقة كان لها فروع عديدة منتشرة بين دول الشرق الأوسط (الأردن والسعودية والكويت) وأفريقيا وأوروبا والولايات المتحدة الأمريكية. فى سنة ١٩٦٦ تعثر هذا البنك فى الوفاء بديون المودعين مما دعا المشرع اللبنانى إلى التدخل بإصدار قانون فى ١٦ يناير ١٩٦٧ غايته تجنب تصفية أى بنك يتوقف عن الوفاء بديونه وذلك بتحرير البنوك التى تمر بمثل هذه الضائقة، التى قد تصل إلى حد التوقف التام عن دفع الديون، من قواعد قانون الإفلاس المقررة فى القانون التجارى. ولبلوغ هذه الغاية جاء القانون اللبنانى لسنة ١٩٦٧ ليحظر

(١) نقض فرنسى فى ٩ فبراير ١٩٦٥، المجلة الانتقادية، ١٩٦٦، ص ٢٨٢ مع تعليق J. P. Eck. وأنظر فى تفاصيل متعددة مقال الأستاذ:

M. Domk, la notion de L'ordre public en matière des emprunts internationaux, Rev. Soc. Des legestions Financiers, 1937, P. 217 et ss.

(٢) أنظر فى القضاء الفرنسى: استئناف باريس فى ٥ فبراير ١٩٦٦، المجلة الانتقادية ١٩٦٦، ص ٢٦٤، مع تعليق Louis - lucas.

على دانتي كل بنك لبناني في حالة توقف عن الوفاء بما عليه من ديون مقاضاته بصورة فردية.

ورغم أن القانون اللبناني المذكور قد صدر بمناسبة مشكلة المصرف السابق إلا أنه لم يأت وحسب لمجابهة الآثار المترتبة على توقف "انتربنك" عن الوفاء بما عليه من ديون. فمن المعلوم أن حالات التدهور المالي كثيراً ما تكون مناسبة لإصلاح عدد من التشريعات المصرفية والمالية لتجنب حدوث مثل هذه الكبوات^(١). إن قانون ١٦ يناير لسنة ١٩٦٧ جاء لينطبق بالنسبة للمشكلة الخاصة بالبنك المذكور وكافة البنوك الأخرى التي قد تمر بذات الأزمة في المستقبل. وقد هبف هذا القانون، كما ألمحنا، إلى تجنب المضار التي تتولد عادة عن اتباع إجراءات الإفلاس العادية والتي ترمى إلى تصفية المشروع ومن ثم تصحيح مسار البنوك التي يؤدي اختفاؤها إلى تعريض ودائع المدخرين للخطر وانهيار العديد من المؤسسات الصناعية والتجارية. إن اتباع إجراءات الإفلاس وما تؤدي إليه أمر له نتائج غاية في الخطورة وهو ما حدا بالمشرع اللبناني لانقاذ هذه البنوك وتعويمها. ومن هذا المنظور جاءت المادة ١٩ من هذا القانون لتحظر على كل دائن اتخاذ أي إجراء من إجراءات التنفيذ الفردية. وهذا الحظر يشمل إجراءات التنفيذ بمعنى الكلمة، كما يشمل الإجراءات التحفظية وإجراءات حجز ما للمدين لدى الغير.

ما تقدم هو مضمون الإصلاح التشريعي الذي انطوى عليه قانون ١٦ يناير لسنة ١٩٦٧ في لبنان، لكن ما هي بالتحديد وقائع قضية "انتربنك" المشار إليها في هذا الخصوص؟.

تتحصل وقائع القضية في واقع الأمر في أنه على أثر توقف البنك المذكور عن الوفاء بما عليه من ديون للمودعين، لجأ أحد الدائنين، وهو السيد

(١) اقرأ في بعض هذه الأمثلة Gavalda، مشاكل القانون المصرفي الدولي المثارة بواسطة قضية "انتربنك" المجلة الانتقادية، ١٩٦٩ ص ٣.

Raffoul الفرنسي في سبيل اقتضاء مبلغ دينه (وهو مبلغ ٢٩٠ ألف فرنك فرنسي يوم قفل الحساب في المقر الرئيسي في بيروت في يوم ٢٤ فبراير ١٩٦٧) لجأ إلى إجراء حجز على فرع البنك المدين والكاكن في باريس بين يدي المدير المؤقت الذي نصبته لهذا الغرض اللجنة الفرنسية للرقابة على البنوك (م ١٥ من قانون ديسمبر لسنة ١٩٤٥ في فرنسا)، وكذلك الحجز على البنك العثماني حيث كانت اللجنة اللبنانية لإدارة "انتربنك" - المكلفة باتخاذ الإجراءات اللازمة لإنقاذ البنك وفروعه من حالة التردى - قد حولت مبالغ نفقة عن طريق هذا البنك العثماني لإنقاذ الفرع الباريسي من عثرته. تمكن السيد Raffoul فعلاً من الحصول على قرار بالحجز (حجز ما للمدين لدى الغير) على هذه الأموال من محكمة باريس الابتدائية في ١٩ مارس ١٩٦٧^(١).

ولم يدم الحال طويلاً إذ سرعان ما تمكن الـ "انتربنك" من رفع هذا الحجز بالأمر الصادر من قاضي الأمور الوقفية في ١٣ أبريل ١٩٦٧. وفي سبيل تدعيم طلبه تمسك الـ "انتربنك" بالقانون اللبناني الصادر في ١٦ يناير ١٩٦٧.

رئساً أن تتساءل: إذا كان القانون اللبناني لسنة ١٩٦٧ قد قصد - في وضعه - وجلاء - إلى إنقاذ كل بنك يجد نفسه - لسبب أو لآخر - في حالة توقف عن دفع ديون المودعين، فإن معنى ذلك أنه يمتنع على السيد Raffoul الفرنسي الجنسية، وعلى كل دائن، أن يتخذ أي إجراء فردي في مواجهة البنك والذي مقره الأساسي في بيروت. لكن هل يا ترى يمكن التمسك بهذا القانون للحيولة دون اتخاذ إجراءات الحجز La saisie - arret التي يطالب بها الدائن، وذلك بين يدي الفرع الباريسي للبنك الذي لحقت به الكارثة؟

J. C. P., 1968, II, 15181, Note Motulsky. Revue crit. 1969, P. 68.

(١)

قبل التصدي للإجابة على هذا السؤال نقول إن السيد Raffoul قد جزعه أشد الجزع أن يحتج عليه بتطبيق القانون اللبناني الصادر في ١٦ يناير ١٩٦٧، ولذلك لم يتوان في أن يسوق كل حجة تعرض له حتى اختلطت عليه الأمور. ولذلك نجد مثلاً يحتج بأنه لما كان فرنسياً، فإنه لا يجوز بمقتضى المادة ١٤ مدنى فرنسى الاحتجاج عليه بالقانون اللبنانى، وهو قانون أجنبى، بغية تجريدته من حقوقه كدائن. ولا يخفى فتساد هذا الاحتجاج. فلقد غم عليه أن ما يقول به إنما يتطوى على خلط غير مغتفر بين مسألتى الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى^(١). فالمادة ١٤ المذكورة تعقد الاختصاص للمحاكم الفرنسية متى كان المدعى فرنسياً، وهى تقرر امتيازاً للفرنسى يجوز له أن يتنازل عنه بإرادته المنفردة. على أن هذه المسألة لا علاقة لها بالقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع. وكل ما يملكه القاضى الفرنسى المختص هو أن يمتنع عن تطبيق القانون الأجنبى المختص بمقتضى قاعدة الإسناد إن وجده مخالفاً للنظام العام الفرنسى بالمعنى الدولى. وتلك قضية أخرى.

مرة أخرى، نعاود طرح السؤال: هل يمكن تطبيق القانون اللبنانى لسنة ١٩٦٧ بخصوص المنازعة المطروحة على القضاء الفرنسى والمتعلقة بالحجز (بسبب دين على البنك اللبنانى) على الفرع الباريسى التابع للبنك اللبنانى؟

الواقع أن الإجابة على هذا التساؤل تقتضى الفصل ابتداءً فى مسألة أولية خاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على حق الدائنية المصرفى. فكما نعرف من وقائع هذه القضية: هناك دائن هو السيد Raffoul فرنسى الجنسية، وهو دائن بمبلغ ٢٩٠ ألف فرنك فرنسى على نحو ما يكشف عنه الحساب يوم قفله فى المقر الرئيسى فى بيروت. فإذا افترضنا أن القانون اللبنانى هو المختص، كان لنا أن نتساءل أيضاً: هل يمكن تطبيق هذا القانون ليحكم الحجز الذى تم بين يدي الفرع الباريسى؟

(١) انظر فى تفاصيل المسألة والفرق بين المسألتين مؤلفنا فى الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، بيروت ١٩٨٦.

نبادر بالقول بأن إجراءات التنفيذ بالمعنى القانوني، وطرقه هي مسائل يحكمها قانون القاضى الناظر فى المنازعة^(١). كما يخضع لقانون القاضى أيضاً مدى قابلية المال للحجز عليه والإجراءات الواجب اتباعها حتى تمام هذا الحجز، والأموال التى يمكن أن يرد عليها والسندات التى يجوز توقيع الحجز بناءً عليها والحقوق التى يجوز اقتضاؤها بهذا الطريق وكيفية الاعتراض على هذا الحجز وآثاره.

لكن ما هو القانون الذى يحكم حق الدائنية ذاته بوصفه شرطاً لصحة الحجز؟ لا شك أن الحق الشخصى *La Creance* - بوصفه مالا معنوياً - يحكمه القانون الذى يحكم مصدر الحق، عقداً كان أو فعلاً ضاراً أو فعلاً نافعاً. وحق الدائنية الذى يكون للعميل فى مواجهة البنك، وهو الحق المتولد عن قفل الحساب يحكمه القانون الذى يحكم الحساب ذاته *la loi de compte*، أى قانون البنك المفتوح لديه هذا الحساب^(٢)، دون نظر - فى هذا الشأن - لجنسية فاتح الحساب أو موطنه^(٣). ولما كان الحساب قد تم فتحه لدى "انتربنك" فى مقره الرئيسى فى بيروت، فإن القانون اللبنانى هو الذى يحكم - فى الحالة الراهنة وحيث لا يوجد اتفاق مخالف على تطبيق قانون آخر - شروط فتح الحساب وكيفية عمله وأسباب وقفه كما رأينا.

وقد خلصت المحكمة إلى أن حق الدائنية للعميل يحكمه القانون اللبنانى، وخلصت أيضاً إلى ضرورة تقييد العميل بالأحكام الأمرة التى فرضها قانون ١٦ يناير ١٩٦٧. فهذا القانون الذى يحظر على كل عميل أن يتخذ فى

(١) باتيفول ولاجار، المرجع السابق، فقرة ٥٤٠ ص ٢١٥ وما بعدها، *Gavalda* تعليقه فى المجلة الانتقادية، ١٩٦٩، سابق الإشارة إليه، ص ٦.

(٢) *Gavalda, Rév. Crit. 1969. Op. cit., P. 8. Rep. Dalloz dr. int. Op. cit., No 35 et 36, Stoufflet. J. cl. Banaue et bourse, Fasc. 6; J. cl. Banque et credit. Op. cit., Fasc. 120, No 75 ets; Vasseur et Marin, les comptes en Banque, 1966, No 363; Batiffol et lagarde, Traité. Op. cit., No. 393, P. 309, note (5) et le references citées; loussouarn et Bredin, Op. Cit., No 662, P. 737.*

(٣) راجع فى التفاصيل ص ٢٥٧ وما بعدها.

مواجهة أى بنك متعثر، وفي حالة توقف عن الوفاء بما عليه من ديون، القيام باتخاذ إجراءات الإفلاس بصورة فردية إنما يهدف إلى حماية الائتمان العام ويكون من ثم من قوانين البوليس ذات التطبيق الضرورى. وقد طبقت المحكمة هذا القانون المعتبر فى لبنان من قوانين البوليس خاصة وأن ليس فيه ما ينطوى على مساس بالنظام العام الفرنسى^(١).

إن القانون اللبنانى لسنة ١٩٦٧ ينطبق على نحو أمر بوصفه من قوانين البوليس على كافة العمليات المصرفية التى تتم مع أى بنك فى لبنان يشملها حكم هذا القانون، وهو ما يتحقق فى كل مرة يتوقف فيها بنك لبنانى عن الوفاء بما عليه من ديون للمودعين.

(١) فى هذا يقول الأستاذ جافالدا فى تعليقه على هذا الحكم:

"La sensibilité de notre ordre public serait bien aigue si elle permettait d'écraser une méthode législative étrangère dont le droit français recent offre de véritables équivalents. Aucune "réaction d'allergie" de notre ordre public, selon la formule de notre collègue A. Ponsard, n'est à craindre ici. L'ordonnance du 23 septembre 1967 permettant le redressement économique et financier de certaines entreprises s'inspire d'une finalité très voisine de celle de la loi libanaise de 1967. Il n'y a aucun rapport entre un texte et la réaction hypothèse où un législateur étranger prendrait au lieu de siège des mesures d'expropriation ou confiscation sans indemnité et où les créanciers viendraient se faire régler auprès d'une succursale installée dans un pays libre. La loi Libanaise de 1967 ne se heurte pas à l'évidence, à des principes fondamentaux de portée universelle, dotés par eux-mêmes d'une valeur supérieure à toute législation. Par avantage, cette loi libanaise dont on prétend paralyser l'efficacité n'est une "loi politique". Elle n'est même pas en contradiction avec une quelconque politique ou technique législative française qu'il est souhaitable de coordonner aujourd'hui les réglementations bancaires et de prêter un appui juridiques à des systèmes modernes perfectionnés qui se proposent de récupérer dans toute la mesure du possible des entreprises bancaires dont la chute retienraient sur le crédit interne et international".

الفصل الثالث الحسابات المصرفية الدولية

للكلام عن القانون الواجب التطبيق على الحسابات المصرفية ذات الطبيعة الدولية نبحت في مسائل ثلاث: عقد فتح الحساب المصرفي (مبحث أول)، والتحويل المصرفي الدواري (مبحث ثان) وأخيراً الحساب الجاري (مبحث ثالث).

المبحث الأول عقد فتح الحساب المصرفي

فتح الحساب المصرفي هو عقد بين البنك والعميل يكون عادةً سابقاً على أية عملية أخرى بين الطرفين. فالغالب أن يكون المتعامل مع البنك عميلاً دائماً لا عابراً ومن ثم فإنه يجري عمليات متعددة ومتتابعة من إيداع وحصول على اعتماد وغير ذلك. ويسوى البنك معاملاته مع هؤلاء العملاء الدائمين على طريق الحساب الذي يفتحه العميل لدى البنك والذي تقيد فيه معاملاته المتعددة. ومن هنا قيل بأن الحساب هو طريقة لتسوية العمليات التي تقوم في العلاقة بين البنك والعميل بطريق القيد.

والحساب Le Compte هذا، أما أنه حساب بسيط (وهو ما يسمى بحساب الودائع) القصد منه مجرد التمثيل المادي للعمليات التي تتم بين البنك والعميل وبحيث تتم التسوية فوراً مع احتفاظ كل عملية بذاتيها واستقلالها، وإما أنه حساب جاري تقيد فيه كل عملية ذاتيتها ويصحبها نوع من التجديد وتصبح مجرد مفرد يقيد في الحساب وبحيث تتم التسوية عند قفله.

وما يعنينا في نطاق تنازع القوانين بمناسبة عمليات الحسابات المصرفية أن نبرز النقاط التالية:

١- إن تحديد الطبيعة القانونية للحساب وبيان ما إذا كان حساباً بسيطاً أم حساباً جارياً هي مسألة تكييف يحكمها قانون القاضي (م ١٠ مدنى مصرى).

ووصولاً إلى تحقيق التعايش والتنسيق بين النظم القانونية، وتوسيعاً لمدارك الطوائف القانونية في قانون القاضى فإن دور القاضى المصرى يكتمل عند إعماله للقواعد المدرجة فى قانونه الداخلى إن هو استأنس بما عليه العمل فى القانون المقارن والقانون المحتمل التطبيق.

٢- إن الحسابات التى تعيننا فى نطاق القانون الدولى الخاص هى تلك التى يترتب عليها حركة مد وجزر من وإلى مصر المدفوعات المترتبة على العقد. فلا يكفى عندنا لاعتبار العملية دولية أن يكون فاتح الحساب أجنبياً توافرت فيه الشروط التى يتطلبها الشارع المصرى لفتح مثل هذا الحساب، كما لا يكفى لإضفاء هذه الصفة أن يكون فاتح الحساب مصرياً مثلاً وفتح حسابه فى أحد البنوك الأجنبية أو فروعها العاملة فى مصر متى لم يكن للعقد وصف الدولية بالمعنى الذى حددناه.

٣- يجب أن يتم الفصل ههنا بين الحساب المفتوح والعمليات التى يتم هذا الحساب تسوية لها، من ناحيتين:

الناحية الأولى: أن عقد فتح الحساب، كما سنرى، هو عقد مستقل قائم بذاته يحكمه القانون الخاص به، أسوة بغيره من العمليات المصرفية الأخرى. هو مستقل عن العمليات التى يفتح تسوية لها. ومن هنا كان من المتصور من الناحية النظرية أن يكون القانون الذى يحكم فتح الحساب مغايراً للقانون الذى يحكم العملية التى فتح الحساب تسوية لها. المغايرة متصورة وحسب من الناحية النظرية. فغالباً ما يتم تطبيق قانون البنك فى الحالتين. وينطبق قانون البنك على أساس أن مقتضيات التركيز فى العقدين وصفة البنك ودوره المحورى الذى يضطلع به يكون بمثابة عامل جذب لقانون البنك. ذلك هو سبب التطابق المتمثل فى تطبيق قانون واحد فى الحالين، هو قانون المصرف ومن غير أن يخل بالانفصام القائم بين العقدين: عقد فتح الحساب، والعقد المتعلق بالعملية التى فتح الحساب تسوية لها وما يترتب على ذلك الاستقلال من تصور إمكانية تطبيق قانونين مختلفين.

الناحية الثانية: من المتصور أن يكون عقد فتح الحساب عقداً داخلياً محضاً تحكمه بهذه الصفة القواعد الموضوعية فى القانون الداخلى وما يكملها من قواعد عرفية وعادات مصرفية، بينما تكون العملية التى فتح الحساب تسوية لها عملية دولية على اتصال بأكثر من نظام قانونى يدخلها فى نطاق التجارة الدولية بالمعنى القانونى الذى اعتمدها.

متى أوضحنا ما تقدم كان لنا أن نقرر أن عقد فتح الحساب هذا يحكمه قانون البنك الذى يتم فيه فتح الحساب^(١). وتطبيق قانون البنك هنا تبرره جملة الاعتبارات التى أجملناها فيما سبق وأبرزها وجود نظام محاسبى واحد تخضع له سائر الحسابات المفتوحة لدى البنك^(٢). وحاجة البنك المفتوح لديه الحساب إلى أعمال الأعراف المصرفية والعادات التجارية السائدة فى المكان الذى يمارس فيه نشاطه بالنسبة لجميع العملاء دون تمييز، كما أن فى هذا المكان تسود القواعد ذات التطبيق المباشر التى تنظم هذه العمليات المصرفية. يضاف إلى ذلك كله أهمية الدور الذى يؤديه البنك وبحيث يبتدو صاحب الأداء الجوهري أو المحورى فى العملية برمتها.

وهكذا فإن قانون البنك هو الذى يحكم تكوين هذا العقد وكيفية تشغيله وأسباب قفله. فهو الذى تحدد وفقاً له الشروط الموضوعية التى ينعقد بها العقد صحيحاً وكيفية عمل الحساب من حيث طرق استخدامه والشروط اللازمة

(١) Stoufflet. op. cit., N° 75. Gavalda, Rep. Dalloz, dr. int., op. cit., N° 42 et 49; lousouarn et Bredin, op. cit., N° 662; la pradelle – Niboyet. Rep. Dr. int. V° contrat de compte courant par Rabinovitch. N° 2.

(٢) وهكذا نجد أن البنك المركزى المصرى أنشأ "إدارة عامة لتجميع مخاطر الائتمان" هدفها توفير البيانات للبنوك كافة عن المراكز المالية للعملاء لدى جميع البنوك الخاضعة لإشرافه ورقابته. كما أصدر البنك المركزى قراراً فى ٥ يونية ١٩٨٦ ألزم بمقتضاه كافة البنوك بإخطار الإدارة العامة لتجميع مخاطر الائتمان بالبنك المركزى بتجميع التسهيلات التى تمنح للعملاء وما يطرأ عليها. وتلتزم البنوك وفق هذا القرار بإخطار الإدارة العامة لتجميع مخاطر الائتمان ببيانات عن العملاء الذين يتوقفون عن الوفاء بالتزاماتهم والإجراءات التى تم اتخاذها تجاههم، وما تم التوصل إليه من تسوية مع العميل وما تم استرداده منه.

لصحة الوكالات التي يمنحها فاتح الحساب والتي تتعلق بهذا الحساب وأسباب
نقله. كما يخضع لهذا القانون أيضاً تقادم الحساب^(١).

المبحث الثاني

التحويل المصرفي الدولي^(٢)

النقل المصرفي هو "عملية يُقيد البنك بمقتضاها مبلغاً معيناً في الجانب
المدين من حساب الأمر بالنقل بناء على أمر كتابي منه وفي الجانب الدائن من
حساب آخر. ويجوز بهذه العملية إجراء ما يأتي: (أ) نقل مبلغ معين من شخص
إلى آخر لكل منهما حساب لدى البنك ذاته أو لدى بنكين مختلفين. (ب) نقل مبلغ
معين من حساب إلى آخر فكلاهما مفتوح باسم الأمر بالنقل لدى البنك ذاته أو
لدى بنكين مختلفين".

هذا، وينظم "الاتفاق بين البنك والأمر بالنقل شروط إصدار الأمر. ومع
ذلك لا يجوز أن يكون أمر النقل لحامله".

وتؤدي عملية التحويل المصرفي إلى الوفاء بالديون دون حاجة إلى نقل
النقد ذاتها، إذ يكفي أن يصدر المدين إلى البنك المقيّد به حسابه أمراً بتحويل

(١) في هذا المعنى، Gavalda، موسوعة القانون الدولي، المرجع السابق، فقرة ٦٤، وفي
عكس ذلك لوسوارن وبريدان، المرجع السابق، فقرة ٦٦٤، ص ٧٣٩.

(٢) الدكتور محمد حسني عباس، عمليات البنوك، المرجع السابق، فقرة ٤٩، ص ٤٥،
الدكتور مصطفى كمال طه، القانون التجاري ١٩٨٨، سابق الإشارة إليه، فقرة ٥٢٩
ص ٤٦٧، الدكتور علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية،
١٩٨٩، فقرة ١٥١ وما بعدها ص ١٩١ وما بعدها، الدكتور سميحة القليوبي، الأسس
القانونية لعمليات البنوك، ١٩٩٢، فقرة ٢٤ ص ٣٩ وما بعدها، الدكتور عبد الفضيل
محمد أحمد، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ١٩٩١، فقرة ٤٨٦ ص ٤١٤، الدكتور
هاني محمد دويدار، العقود التجارية والعمليات المصرفية ١٩٩٢ ص ٢١٧ وما بعدها.
وأنظر في الفقه الفرنسي: ريبير وريبو، القانون التجاري - الجزء الثاني (الطبعة
الثانية عشر)، الفقرة ٢٣٠٣ ص ٣٥٨، كابريالك (ميشيل)، الشيك والتحويل
المصرفي، ١٩٧٤، الفقرة ٣٧٤ ص ٤٤٦، ريفير لانج (جان) وكونتامين رينو
(مونيك) القانون المصرفي، الطبعة الخامسة، دالوز، ١٩٩٠، الفقرة ٢٦٣ ص ٣٥٦
وما بعدها.

المبلغ المراد تحويله لحساب دائننه، وتبرأ ذمة المدين قبل دائننه بمجرد القيام بعملية قيد هذا المبلغ في حساب الدائن^(١).

وقد تطرح عملية التحويل المصرفي على بساط البحث مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق في كل مرة يتم فيها التحويل بين بنوك توجد مقارها في أكثر من دولة متى كان لعملية التحويل تلك صفة الدولية بالمعنى القانوني الذي حددناه. وتنازع القوانين بشأن عملية التحويل المصرفي أمر متصور. فمن الناحية القانونية يمكن القول بأن عملية التحويل المصرفي هي ترجمة لجملة من العلاقات القانونية المتصلة والمتشابكة فيما بينها. هذا الاتصال وذلك التشابك أمر يتيح بطبيعته الفرصة لإمكانية تدخل أكثر من نظام قانوني حتى يمكن إتمام عملية النقل أو التحويل. معنى ذلك أن التنازع متصور في الفروض الآتية:

- فيما لو تم النقل في مصرف واحد كأن يتم مثلاً بين بنك موجود في القاهرة وفرعه الموجود في نيويورك.
- فيما لو تم التحويل المصرفي عن طريق تدخل بنكين، كل منهما في دولة. بنك الأمر مثلاً في الإسكندرية وبنك المستفيد المطلوب التحويل إليه في باريس.
- فيما لو تدخل مصرف ثالث لإجراء العملية. ويعرض ذلك عملاً في الفرض حيث تسوى العلاقة بين بنك الأمر وبنك المستفيد بعملية تحويل جديدة لدى بنك ثالث موجود في دولة أجنبية تالفة بالنسبة لهما ويكون لكليهما حساب فيه.

(١) في هذا المعنى، ريبير، المرجع السابق، فقرة ٢٣١٢، ص ٣٦٢، ريفير لانج وكونتامين رينو، فقرة ٢٦٣ ص ٣٥٨، وأنظر في الفقه المصري، الدكتور علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، فقرة ١٩٠، ص ٢٣٥، الدكتور سمحة القليوبي، فقرة ٣٢ ص ٤٨. وفي ذلك تنص المادة ١/٣٣٢ من التقنين الجديد على ما يلي: "يمتلك المستفيد القيمة محل النقل المصرفي من وقت قيدها في الجانب الدائن من حسابه، ويجوز للأفراد الرجوع في أمر النقل إلى أن يتم هذا القيد".

وإذا تأملنا شروط التحويل المصرفي - التي يقول بها فقهاء القانون التجاري - لتصورنا تنوع المسائل التي يثور بمناسبة تنازع القوانين بخصوص موضوع التحويل المصرفي:

فيجب - أولاً - أن يكون هناك حسابان في بنك واحد أو في بنكين مختلفين، وأن يرد التحويل - ثانياً - على نقود أو مثليات، وأن يصدر - ثالثاً - أمر تحويل من شخص يسمى الأمر إلى البنك بتفريغ حسابه بمبلغ معين ونقل هذا المبلغ لحساب شخص آخر. والأصل أن يصدر الأمر في الشكل الاسمي، غير أن ذلك لا يمنع من أن يصدر في الشكل الإذني بشرط رضا البنك. وعملية التحويل تلك قد تتم تسوية لعملية سابقة هي بذاتها ذات طبيعة دولية وهذه تثير تنازع القوانين. وهذه مسألة مستقلة عن تلك التي نحن بصددنا ولا يستعان بها إلا كمسألة أولية للتدليل على أن البنك قد أوفى بما أوفى تسوية لعملية قانونية تمثل حق دائنيه في ذمة العميل الأمر.

وهذا الحل إن هو إلا ترجمة صحيحة لاستقلال عملية النقل المصرفي عن العمل الأصلي الذي تم النقل تنفيذاً له. فقد يحدث مثلاً أن يُستخدم التحويل المصرفي وسيلة لتنفيذ هبة يدوية. ومن ثم فإن النقل المصرفي ينفصل تماماً عن سببه. إنه ينقل النقود من ذمة الأمر إلى ذمة المستفيد ولكنه ينفصل عن العلاقة الأصلية.

ومتى أوضحنا ما تقدم تعين أن نحدد الطبيعة القانونية لعملية النقل علها تساعدنا في تحديد القانون الأكثر ملاءمة لحكم هذه العملية.

أولاً: الطبيعة القانونية للنقل أو التحويل المصرفي:

للقوف على تفسير العلاقات المختلفة والمتشابهة المتولدة عن عملية التحويل المصرفي، قيل بعدة نظريات تبدو بوصفها الأساس القانوني لهذه العملية. فهناك من اعتبرها حوالة حق^(١)، وهناك من اتخذ من الإنابة الكاملة

(١) في هذا المعنى: Douai. Ier, Mai 1931, s. 1933, 2. 57, Note Drouillat.

أنظر في تنفيذ هذا النظر ونقده، هاميل ولاجار، وجوفريه، الجزء الثاني، ص ٧٨٨

هامش (١)، الدكتور على جمال الدين عوض، فقرة ١٨٦ ص ٢٣.

أساساً^(١). وهناك من عمد إلى تلمس الأساس بعيداً عن نصوص القانون المدنى واجداً فى مقتضىات التجارة الدولية والأساليب المصرفية التى نشأت وتطورت لخدمة التجارة ما ينهض سندا قانونياً سليماً^(٢).

والاتجاه الحديث المعتمد فى الفقه والقضاء فى مصر والخارج يرى أن عملية التحويل المصرفى هى عملية جديدة تخضع لمقتضىات الفن المصرفى تستخدم لنقل مبالغ نقدية من حساب إلى حساب بطريق القيد بواسطة البنك. ولما كان عصب هذه العملية وجوهرها يكمن فى عملية نقل مفرد من حساب إلى حساب فإن قواعد مسك هذه الحسابات هى التى تحكم علاقة ذوى الشأن. والحال كذلك، فإن هذه العملية تعد عملية مادية شكلية تعدل عملية تسليم النقود، ولذا تسمى "بالنقود القيدية"، بحسبان أنها وسيلة لنقل النقود بطريقة القيد^(٣). وقد ذهب القضاء الفرنسى منذ زمن إلى تكريس هذا المعنى حين قرر "أن التحويل المصرفى تحويل للنقود ويتم بكتابة مزدوجة، كتابة فى جانب المدين لحساب الأمر وكتابة فى الجانب الدائن لحساب المستفيد. وهذه الكتابة هى التى تؤدى إلى تجرد الأمر من حقه على المبلغ المنقول، وأن النقل المصرفى أصبح يعتبر فى القانون الحديث وسيلة للتسليم"^(٤).

- (١) اسكاراورو، مبادئ القانون التجارى، الجزء السادس، فقرة ٣٥٦.
- (٢) الدكتور على جمال الدين عوض، المرجع السابق، فقرة ١٩٠، ص ٢٣٥ والمراجع المشار إليها فيه.
- (٣) أنظر فى هذا جافالدا وستوفليه، قانون البنوك، المرجع السابق، فقرة ٣٥٠ ص ٤٤٩؛ وما بعدها، ريف لانج وكونتامين رينو، المرجع السابق، فقرة ٢٦٣ ص ٣٥٦ والمراجع المشار إليها فيه هامش (١) من ذات الصفحة، ريبير وريلو، فقرة ٢٣٣، ص ٣٥٨، وفقرة ٢٣١٢، ص ٣٦٢، وفى الفقه المصرى، الدكتور على جمال الدين عوض، عمليات البنوك، فقرة ١٥٧ ص ١٩٩، الدكتور مصطفى كمال طه. المرجع السابق، فقرة ٥٣٠، ص ٤٦٨؛ وما بعدها، الدكتور على البارودى، القانون التجارى، ١٩٧٥، ص ٣٣٩. وما بعدها، الدكتور مراد فهيم القانون التجارى - العقود التجارية وعمليات البنوك ١٩٨٢، فقرة ١٨٦ ص ٢٠٤، ٢٠٥، الدكتور هانى محمد نوبدار. المرجع السابق، ص ٢٢٠.
- (٤) استئناف رن، ٩ مايو ١٩٤٦ - دالموز ١٩٤٧ ص ٥٥، وفى ذات المعنى استئناف سايجون ١٢ مارس ١٩٥٤ - بنك ١٩٥٤ ص ٥٢١؛ نقض تجارى فى ٢٢ يولييه =

"ويترتب على تكيف التحويل المصرفي أنه نقل أو تناول للنقود من يد إلى يد بالطريقة المناسبة لطبيعة القيود الحسابية أن المستفيد يتلقى النقود كما لو أنه أودعها بنفسه في حسابه ويكسب حقاً خاصاً عليها مستقلاً عن العلاقات السابقة على هذا القيد، وإنه لا يتعرض للدفع التي قد تكون جائزة ضد حامل سابق تماماً كما لو كسب هذا الحق بطريق الشيك"^(١).

والمأمل في ذلك كله يظهر له أن النقل المصرفي لا يخرج عن كونه أداة فنية لتنفيذ عدة عمليات قانونية عن طريق المصرف. وكثيراً ما يكون النقل المصرفي أداة فنية للقيام بالوفاء ونقل النقود، وهو الأمر الذي حدا بالفقه الحديث إلى اعتباره أداة للوفاء بتسليم نقود كتابية^(٢).

في ضوء هذا التحليل، ما هو القانون الذي يحكم عملية التحويل المصرفي؟.

ثانياً: القانون الذي يحكم التحويل المصرفي:

ظهر لنا مما تقدم أن التحويل المصرفي هو "طريقة وفاء". ويترتب على ذلك "أن تكون القيود في نقل النقود الكتابية أو القيدية (أو رصيد الحساب) تماماً كالتسليم بالنسبة للنقود المعدنية أو الورقية. فلا يكفي مجرد التراضي كما هو الشأن في نقل الحقوق بل لابد من التسليم، أو القيود الكتابية". واضح إذن أن الحقيقة الاقتصادية – التي تجسدها وظيفة التحويل المصرفي – هي التي تحدد الحقيقة القانونية^(٣)، فتفتح الأولى في روح الثانية وتصبغها بسماتها.

١٩٨٦ - دالوز ١٩٨٧ - ٢٩٩ تعليق Vasseur؛ استئناف باريس ٣١ يناير ١٩٨٦ - المجلة الفصلية للقانون التجاري، ١٩٨٦، ٤١٨.

(١) الدكتور على جمال الدين عوض، طبعة ٢٠٠٠، فقرة ١٥٢ ص ١٧٥.

(٢) الدكتور مصطفى كمال طه، القانون التجاري، ١٩٩٩، دار المطبوعات الخاصة، فقرة ٥٢٣، ص ٤٢٢.

(٣) ريف لانج، المرجع السابق، ص ٣٥٧.

والنظر إلى التحويل المصرفي بوصفه "طريقة وفاء" أمر من شأنه أن يبرر تطبيق قانون البنك. لكن أى بنك؟ هل بنك العميل الأمر، أم بنك المستفيد من عملية التحويل؟.

(١) قد يقول قائل^(١) إنه لما كان التحويل المصرفي يفترض بالضرورة وجود حسابين أحدهما للأمر والآخر للمستفيد، وأن هدف العملية نقل مبلغ من حساب إلى حساب آخر، فإن من شأن ذلك أن يكون هناك قانونان كل منهما واجب الأعمال: قانون بنك الأمر وقانون بنك المستفيد. مثل هذا القول من شأنه أن يفرض على إخضاع التحويل المصرفي (الذى هو مجموعة عمليات قانونية متماسكة هدفها النهائى الوفاء بدين المستفيد من وقت القيد فى حسابه تماماً كما لو كان قد استلم المبلغ من الأمر وأودعه فى حسابه الخاص لدى بنكه) إلى قانونين: قانون بنك الأمر، وقانون بنك المستفيد. الأول ليحكم العلاقات بين الأمر والبنك والثانى ليحكم العلاقة بين المستفيد والبنك الذى تم التحويل أو النقل إليه.

(٢) ونحن نرى أن مثل هذا القول غير منطقي. إذ يجب عندنا أن نطلق فى تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال النظر إلى دور التحويل ووظيفته بوصفه يتبلور فى النهاية فى عملية "وفاء"، وليس من خلال الميكانيزم الذى يعمل على مقتضاه التحويل المصرفي. فوق ذلك فإن الميل نحو إخضاع العملية إلى قانون واحد بقدر الإمكان قانون مقر القائم بالأداء المميز ومركز النقل فى العلاقة، أمر يتفق والمعطيات الاقتصادية للعملية وهو ما يدعونا بلا تردد لهجران هذا التصور.

قانون واحد إذن يجب التحرى عنه ليحكم عملية النقل المصرفي، فما هو يا ترى هذا القانون؟.

Marin, Banque 1947, P. 33.

(١) مشار إليه عند Gavalda المرجع السابق، فقرة ٥٤ ص ٢١٦.

نعتقد مع جانب من الفقه أنه لا صعوبة البتة في الفرض حيث يتم النقل المصرفي بواسطة بنك واحد، بأن كان حساب كل من الأمر والمستفيد من عملية النقل في هذا البنك، ذلك أن قانون هذا البنك هو الذي يكون واجب التطبيق على العملية أياً كانت جنسية أو موطن الأطراف، وأياً كان المكان الذي صدر فيه الأمر بالتحويل. فكيفية عمل Le Fonctionnement الحسابين اللذين يرتبط بهما التحويل مسألة تخضع – دون أدنى شك – لقانون الدولة التي يوجد بها هذا المصرف^(١). ولا يغربن عن البال أن تنازع القوانين لا يثور في هذه الحالة إلا إذا تعلق الأمر بعملية دولية بالمعنى الذي حددناه.

لكن ما الحكم إذا تم التحويل المصرفي بين حسابين في فرعين لنفس البنك وكان أحد هذين الفرعين موجوداً في الخارج – مقره في باريس أو في لندن مثلاً؟ الأمر مستقر في القانون الداخلي عند فقه القانون التجاري على أن التحويل المصرفي الذي يتم في فرعين لنفس البنك يعد تحويلاً داخل بنك واحد، ذلك أن كل فرع من فروع البنك الواحد لا يتمتع بشخصية مستقلة^(٢). ويتم التحويل المصرفي في هذه الحالة بإخطار الفرع الآخر بإجراء القيد. وعملية التحويل بين فرعين لبنك واحد تعتبر قد تمت بمجرد قيدها في الجانب المدين لحساب الأمر. إذ ما دام البنك واحداً فإن رضاه يتم بمجرد إجرائه القيد في حساب هذا الأمر. أما القيد في حساب المستفيد فلا يعدو أن يكون مجرد عملية داخلية بالنسبة للبنك.

فإذا نقلنا العمل بهذا الحل إلى نطاق القانون الدولي الخاص في الفرض حيث يتم التحويل بين فرعين لبنك واحد متواجدين في دولتين مختلفتين فقد يقال

(١) Stoufflet, Banque et opérations de banque, op. cit., N° 134 Gavalda. Banque et établissement Financier. Rep. Dalloz. Dr. int. Tome 1. P. 209 etss. V. précésemment N° 53. P. 216.

(٢) الدكتور على جمال الدين عوض، عمليات البنوك، فقرة ١٦٠ ص ٢٠٤، الدكتور سمحة القايوبي، المرجع السابق، فقرة ٢٥ ص ٤٠، وقارن: الدكتور مراد فهيم هامش ٧٠ ص ٢٠٠.

بأن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة الفرع الذي تلقى الأمر بالتحويل،
فبالى أى مدى تستقيم صحة هذا القول؟.

نرى أنه لا يصح اعتماد الحل المقال به فى القانون الداخلى.
والصحيح هو أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة الفرع الذى يقيد فيه
مبلغ التحويل لحساب المستفيد، أى قانون الدولة التى يوجد فيها فرع
المستفيد^(١).

على أن حدة المسألة وصعوبتها قد تتبدى فى الفرض حيث يتم التحويل
بين بنكين (أو فرعين لبنكين مختلفين) متواجدين فى دولتين مختلفتين. فإذا قلب
الباحث البصر - فى إطار المفاضلة - فقد يعين له أن لكل من قانون بنك الأمر
(الذى تلقى الأمر بالتحويل). وقانون بنك المستفيد الذى يتم التحويل لصالحه
سندا يجعل كلا منهما مرشحا لحكم هذه العملية. فبالى أى مدى يستقيم هذا
التصور؟.

للإجابة على هذا التساؤل نقرر أن ثمة مبدأ عاماً مؤداه تطبيق قانون
بنك المستفيد، ومع ذلك فإن قانون بنك الأمر لا يعدم المكانة.

أ - المبدأ تطبيق قانون بنك المستفيد:

على الرغم من أن فقه القانون التجارى وبصفة خاصة فى مصر قد أمسك
عن التصدى لمثل هذه المسألة، إلا أن ما يقرره من حكم فى القانون الداخلى
وفق الاتجاه الحديث يحمل بين جنباته الملامح التى تعين الباحث فى الوقوف
على القانون الواجب التطبيق فى نطاق تنازع القوانين. فالسائد فقها^(٢)

(١) فى هذا المعنى: Gavalda. Rep. Dalloz. Op. Cit., No 53.

واقراً مع ذلك من يسوى بين الوضع فى القانون الداخلى والوضع فى نطاق تنازع
القوانين، الدكتور سلمان بوفياىب، النقل المصرفى - دراسة مقارنة فى التشريعين
اللبنانى والفرنسى، رسالة دكتوراة، الدار الجامعية، ١٩٨٥، ٢٢٢.

(٢) راجع فى هذا المعنى فى الفقه المصرى، الدكتور مصطفى كمال طه، المرجع السابق
فقرة ٤٣٣، الدكتور على جمال الدين عوض، فقرة ١٩٠ ص ٢٣٦، وفقرة ١٦٣ -
١٦٦ ص ٢٠٦ ومابعدها، الدكتور سمحة القلوبى، المرجع السابق، فقرة ٢٦ ص =

وقضاء^(١) هو أنه إذا تدخل لتنفيذ عملية النقل مصرفان، فإن العملية تتم من وقت قبول البنك الثاني أى بنك المستفيد. وبعبارة أخرى فإن العملية تتم من وقت قيدها فى حساب المستفيد وليس قبل ذلك. وبديهي أن البنك عندما يجرى هذا القيد إنما يعنى بذلك قبوله لأن يكون مديناً أمام المستفيد وهو ما لا يتأتى إلا إذا كان قد تلقى قيمة القيد من بنك الأمر. ومقتضى ما تقدم أن التحويل يعتبر قد تم وأن الوفاء بمبلغ التحويل قد تحقق فى المكان الذى يعبر فيه بنك المستفيد عن رضائه، أى فى المكان الذى تم فيه التحويل. والجال كذلك فإن قانون بنك المستفيد هو الذى يكون واجب الأعمال ليحكم عملية التحويل المصرفي. فالوظيفة الاقتصادية للعملية واعتبارات التركيز المكاني لها وفكرة الأداء المميز كلها اعتبارات ترشح تطبيق هذا القانون بشدة^(٢).

فوق ذلك فإن كافة الآثار المترتبة على عملية التحويل والوظيفة الفذة له المتمثلة فى عملية الوفاء^(٣) تحقق فى هذا المكان.

كما يمكننا أن نتلمس فى نص م ١٨ مدنى مصرى أساساً قانونياً لتطبيق قانون بنك المستفيد. فإذا كان من المسلم به أن التحويل المصرفي يتم لحظة إجراء القيد بواسطة البنك فى حساب ومكان المستفيد، وأن الوفاء قد تحقق فى هذا التاريخ وذاك المكان، فمعنى ذلك أن قانون الجهة التى يوجد فيها المنقول (المعنوي المتمثل فى القيد) وقت تحقق السبب الذى ترتب عليه كسب الملكية - وهو قانون البنك - يكون هو الواجب التطبيق.

=٤٢، جافالدا وستوفليه، المرجع السابق، فقرة ٣٥٠، ص ٤٤٩، ريف لانج، المرجع السابق، فقرة ٢٧٥ ص ٣٧٦، ريبير وريلو، فقرة ٣٦٢-٣٦٣.

(١) V. Cass. Civ. 16 Juin. 1931, D. H. 1931, 410, 6> fevr 1944, J.C.P. 1944. 20. 2694. Note Tournon; cass com. 16 fevr. 1967, Bull. 1967, 3 No. 79.

(٢) فى هذا المعنى Gavalda، موسوعة القانون الدولى، سابق الإشارة إليه، فقرة ٥٤، Kegel، عمليات البنوك فى القانون الدولى الخاص الألماني، المرجع السابق، ص ٢٠٠. وعلى ذلك أيضاً القضاء الألماني.

(٣) اقرأ حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى ١٤ يونيو ١٩٦٧ والذى قررت فيه أن عملية النقل المصرفي من خلق الفن المصرفي وتخضع لأحكامه. فالنقل عملية "شكلية" تتولد عن فتح الحساب الجارى وتتطلبها الضرورات المصرفية بوصفها وسيلة وفاء" - مجموعة النقض ١٨ ص ١٢٦٦.

فضلاً عما تقدم، ثمة اعتبار آخر ذو طبيعة فنية يزكى أعمال قانون بنك المستفيد، (وهو البنك الذي يتم فيه إجراء قيد التحويل في حساب المستفيد): من المسلم به أن الفقه مستقر على أن عملية التحويل المصرفي هي مجرد أداة لتداول المبالغ المقيدة في الحسابات المصرفية بحسابها نقوداً كتابية أو قيدية لا تفتقر من الوجهة الاقتصادية عن النقود العادية إلا معنى حيث طبيعتها. جريان هذه التسوية يستتبع تداول النقود العادية بالمناولة والتسليم، وتداول النقود الكتابية (التي تمثل المبالغ المقيدة في حسابات البنوك) عن طريق التحويل المصرفي الذي يتم بالقيد في الحسابات. في جملة بسيطة القيد في الحساب ينطوى على عملية وفاء بالنقود^(١)، فكأن القيد في حساب المستفيد يجسد الحق ويبلوره.

معنى الوصف المتقدم أن حق المستفيد قد اندمج في عملية كتابية محاسبية – هي مجرد القيد في حساب المستفيد – تماماً كما يندمج حق المستفيد من ورقة تجارية في الصك رغم ما بين الورقة التجارية بأنواعها والتحويل المصرفي من فوارق^(٢). هذا التحليل يدعونا، ونحن بصدد البحث عن القانون الواجب التطبيق على التحويل المصرفي، إلى الفصل بين مصدر الحق والحق ذاته، أي بين مصدر حق دائنيه المستفيد في مواجهة الأمر (المدين) وبين عملية التحويل المصرفي ذاتها المتجسدة في عملية القيد في الحساب، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، يجب أن نربط بين الحق والأداة التي تفصح عنه المتمثلة في عملية القيد في الحساب. فإذا نحن أخذنا في الحسبان هذه الاعتبارات كان لنا أن نسلم بأن القانون الواجب التطبيق على النقل المصرفي هو قانون الدولة التي يعتبر الوفاء فيها قد تم، أي قانون الدولة التي يوجد فيها بنك المستفيد الذي أجرى القيد بقبول عملية التحويل في حساب المستفيد.

(١) كابرليك، المرجع السابق، فقرة ٣٩٢ ص ٢١٤.

(٢) في أوجه الاختلاف، راجع رسالة الدكتور سلمان بوذياب، النقل المصرفي، سابق الإشارة إليه، ص ٦٢ وما بعدها.

وعلى هذا المعنى يستقر قضاء المحكمة العليا في ألمانيا حين أخضعت التحويل المصرفي بين بنكين، بنك الأمر الأجنبي (وموطنه في الخارج) وبنك المستفيد في ألمانيا، للقانون الألماني بوصفه قانون دولة تنفيذ الوكالة بين البنكين وقانون الدولة التي يتحقق فيها الأداء المميز. وفي ذلك تقول المحكمة:

"En acceptant le virement en faveur de N., L'auteur de la défenderesse a assumé une gestion d'affaires. En échange de la contre – valeur, elle devait s'obliger à accorder à N. le droit d'exiger d'elle le montant viré. L'exécution du mandat de virement a été effectuée dans le champ d'application de la loi allemande. L'auteur de la défenderesse avait, comme c'est aujourd'hui également le cas quant à la défenderesse, son domicile en Allemagne. Des relations contractuelles éventuelles entre les parties concernant le virement à C.. ont sans aucun doute leur centre de gravité dans le champ d'application de la loi allemande à laquelle elles sont donc soumises"^(١).

وبالترتيب على ما تقدم فإن قانون بنك المستفيد هو الذي يحكم العلاقات المتولدة بين الأمر بالتحويل ودائنه (المستفيد). فهذا القانون هو الذي يحدد وفقاً له الوقت الذي يثبت فيه حق المستفيد على مبلغ التحويل. كما تخضع له العلاقات المتولدة عن العملية بين المستفيد وبنكه. ويحكم هذا القانون أيضاً العلاقة بين البنكين الذين يتم بينهما أمر التحويل، أي البنكين اللذين يتدخلان لإجراء عملية النقل. ويلاحظ أن أساس اختصاص قانون بنك المستفيد في هذا

(١) مشار إليه عند Kegel، عمليات البنوك في القانون الدولي الخاص الألماني، المرجع السابق، فقرة ٢٠٠ وفي التعليق على هذا الحكم يورد الأستاذ:

"Le virement avait été effectué entre des banques: la banque néerlandaise qui l'avait envoyé, la banque allemande qui l'avait reçu. Finalement la Nederiandshe Bank et la Deutsche Reichsbank par lesquelles le virement avait passé. L'idée que c'est la prestation caractérisée par l'objet du contrat qui est décisive, se fait sentir lorsque le Bundesgerichtshof mentionne que la banque allemande voulait assumer la gestion d'affaires: le lieu d'exécution de la gestion d'affaires et le siège de la banque allemande, désignent d'après le Bundesgerichtshof la loi applicable à l'égard des patries".

الفرض هو الوكالة^(١) ويكون هذا القانون هو الواجب التطبيق بحسبانه قانون دولة تنفيذ هذه الوكالة^(٢).

وأخيراً فإن هذا القانون هو الذى يحكم مسئولية بنك المستفيد عند تنفيذه لعملية التحويل سواء أكان أساس المسئولية الخطأ العقدى، أم الخطأ التقصيرى، غاية ما هنالك أن الأساس القانونى لانطباقه هو الذى يختلف، ففى الحالة الأولى ينطبق قانون بنك المستفيد بوصفه قانون العقد، بينما ينطبق فى الحالة الثانية بوصفه قانون محل وقوع الفعل الضار (م ٢١ مدنى مصرى).

ب- واستثناءً فإن قانون بنك الأمر لا يعلم المكانة:

وإذا كان قانون بنك المستفيد هو صاحب السلطان لحكم الجانب الأعظم فى عملية التحويل المصرفى وبصفة خاصة فى إطار العلاقة بين بنك الأمر وبنك المستفيد، وبين المستفيد نفسه وبنكه، فإن قانون دولة بنك الأمر هو الذى ينطبق ليحكم العلاقة بينهما. ذلك أنه متى تم تفسير العلاقة بين العميل الأمر والبنك الصادر إليه الأمر بالتحويل على أنها وكالة^(٣) موضوعها قيام الأخير بنقل مبلغ من حساب العميل إلى المستفيد عن طريق القيد وذلك بأن يقيد المبلغ فى الجانب المدين للعميل الأمر بالتحويل، فإن قانون مكان هذا البنك هو الذى يكون واجب التطبيق بحسبان أنه قانون المكان (التنفيذ) الذى يتم فيه إجراء هذا

(١) فى تكييف العلاقة بين البنكين على أنها وكالة الدكتور مصطفى كمال طه، المرجع السابق، فقرة ٥٣٤ حيث يقرر أنه "إذا كان المصدر الأمر والمستفيد بنكان مختلفان، فإن النقل المصرفى يستلزم تدخل بنك المستفيد. ويقوم بنك المستفيد بدور وكيل بنك مصدر الأمر لإجراء النقل المصرفى لصالح المستفيد...". وفى ذات المعنى، الدكتور مراد فهمى، المرجع السابق، فقرة ١٨١ ص ٢٠٠ - ٢٠١.

(٢) بخصوص تطبيق قانون دولة التنفيذ فى مسائل الوكالة التجارية، أنظر لوسوارن وبريدان، قانون التجارة الدولية، فقرة ٦٤٥، ص ٧١٨ والمراجع المشار إليها فيه، وفى هذا الاتجاه كابرنيك، الشيك والتحويل المصرفى، المرجع السابق، فقرة ٤٠٥.

(٣) فى تكييف العلاقة بين الأمر وبنكه على أنها وكالة، راجع، الدكتور على جمال الدين عوض، عمليات البنوك، فقرة ١٥٤ ص ١٩٥، الدكتور عونى حسنى بدر، التحويل المصرفى، رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - ١٩٧٩، ص ٧٣ - وفى الفقه الفرنسى:

ريبير وريلو، فقرة ٢٣١١ ص ٣٦٢، جافالدا وستوفليه، القانون المصرفى. فقرة ٣٤٩، ريف لانج، المرجع السابق، فقرة ٢٧١ ص ٣٧١ وما بعدها.

القيد الأول^(١). فهذا القانون هو الذى يحكم مسؤولية البنك عن عدم التنفيذ ومسئوليته عن إجراء التحويل المصرفى الذى يتم بالمخالفة لتعليمات العميل الأمر، وعن الإهمال الذى يصدر عنه عند عدم التأكد من توقيع عميله فى حالة تقديم أمر تحويل مزور إليه. كما يحكم هذا القانون مسؤولية البنك عن التأخير فى تنفيذ أمر النقل إلى الخارج^(٢) وبالمثل فإن قانون دولة البنك الصادر إليه أمر التحويل هو المرجع لتقدير درجة الحيطة والحذر التى يجب أن يتوخاها البنك عند قيامه بتنفيذ أمر عميله^(٣).

المبحث الثالث

القانون الذى يحكم الحساب الجارى ذى الطبيعة الدولية

تقديم وتعريف:

الحساب الجارى Le Compte courant يعد نوعاً خاصاً من الحسابات المصرفية لا يقتصر الأمر بشأنه على مجرد تمثيل العمليات التى تقيد فيه تمثيلاً

(١) فى تأييد هذا الاتجاه:

Gavalda. Banque et Etablissement Financier. Op. cit., No 54 Stoufflet. Banque et operations de Banque. Op. cit., No 135, Les conflits de lois en matière d'opérations de Banque. Rapports aux Journée d'études de droit Bancair. Annales de la Faculté de droit de Clermont – Ferand. Fasc. 2. 206 ets. V. P. 215.

Paris 29 avr. 1964. J. C. P. 1964. II. 13877. note Gavalda: Paris. 19 Nov.. (٢) 1962 J. C. P. 1963. II. 13016.

(٣) فى القانون الداخلى أنظر الدكتور مصطفى كمال طه، فقرة ٥٣٦ ص ٤٧٣، الدكتور على جمال الدين عوض، عمليات البنوك، فقرة ٢٠٥ ص ٢٥٥ وما بعدها، الدكتور سميحة القليوبى، الأسس القانونية لعمليات البنوك، ١٩٩٢، المرجع السابق، فقرة ١٠١ ص ١٧٣، الدكتور محمد حسنى عباس، عمليات البنوك ١٩٧٢، فقرة ٢٠٦ ص ١٥٧، الدكتور حسنى المصرى، عمليات البنوك، ١٩٨٧، المرجع السابق، فقرة ٦٢ ص ٦٩ وما بعدها، الدكتور مراد فهميم، القانون التجارى، العقود التجارية وعمليات البنوك، ١٩٨٢، المرجع السابق، فقرة ١٨٧، ص ٢٠٦ وما بعدها، الدكتور عبد الفضيل محمد أحمد القانون التجارى، ١٩٩١، المرجع السابق، فقرة ٤٧١، ص ٣٩٩ وما بعدها، الدكتور يعقوب يوسف صرخوه، عمليات البنوك من الوجهة القانونية فى القانون الكويتى، (غير مذكور فيه سنة الطبع)، المرجع السابق، فقرة ١١١ ص ١٧٩، الدكتور هانى محمد دويدار، العقود التجارية والعمليات المصرفية، ١٩٩٢، المرجع السابق، ص ٢٢١ وما بعدها.

مادياً، ولكنه يعد أداة لتسوية جميع العمليات المتبادلة بين طرفيه، وفي عين الوقت لضمان حقوق كل منهما تجاه الآخر. ويعرف الفقه الحساب الجارى بأنه عقد يتعهد بمقتضاه طرفان بتحويل كافة الحقوق والالتزامات التى تنشأ عن العمليات المتبادلة بينهما إلى بنود فى الحساب، تتقاص فيما بينهما تبعاً وبحيث لا يتحدد مركز أى منهما إلا عند قفل الحساب ومعرفة الرصيد النهائى الذى يعد هو الدين المستحق لأحدهما على الآخر^(١).

وقد عرفه التقنين التجارى الجديد لسنة ١٩٩٩ فى المادة ٣٦١ بقوله: "الحساب الجارى عقد يتفق بمقتضاه طرفان على أن يُقَيَّدَا فى حساب عن طريق مدفوعات متبادلة ومتداخلة الديون التى نشأت عن العمليات التى تتم بينهما بحيث يستعوضان عن تسوية هذه الديون تبعاً بتسوية واحدة تقع على الحساب عند قفله". ولا يعتبر حساباً جارياً الاتفاق على ألا تبدأ مدفوعات أحد الطرفين إلى حين انتهاء مدفوعات الطرف الآخر.

وهكذا نرى أن الحساب الجارى " مُعد لاستقبال عمليات كثيرة تتعاقب بسرعة .. أى أن القيود تُقَيَّد فيه على التوالى، فلا يتصور حساب جار مُعد لقب عملية واحدة .. " غير ان أهم ما يميز الحساب الجارى فى الحقيقة هو "أن العمليات التى تُقَيَّد فيه تفقد استقلالها لتصبح مجرد مفردات دائنة أو مدينة فى الحساب وتلتصق به برابطة متينة وذلك بمقتضى نوع من التجديد .. ومن ناحية أخرى يصبح المفرد جزءاً من الحساب ولا يستطيع الحياة استقلالاً بل هو يتبع حكم الحساب كله"^(٢).

فالحادث عملاً أن علاقات التجار فيما بين بعضهم البعض وتعاملاتهم مع البنوك، بل ومعاملات البنوك فيما بينها عبر الدول لا تقف عند انتهاء صفقة أو صفقتين، وإنما تتواصل هذه العلاقات وتتداخل ذهاباً وإياباً تعدداً وتنوعاً

(١) الدكتور على جمال الدين عوض، فقرة ٢١٣ ص ٢٢٧ والمراجع المشار إليها فيه.
(٢) الدكتور على جمال الدين عوض، المرجع السابق، طبعة ٢٠٠٠ فقرة ٢٠٦ والمراجع المشار إليها عنده.

لفترات طويلة. فى خلال هذا التشابك الممتد والمتصل يشغل كل طرف مركز الدائن تارة ومركز المدين تارة أخرى. خذ على ذلك من الأمثلة العلاقات بين الوكيل بالعمولة والموكل أو العلاقة بين تاجر الجملة، وتاجر التجزئة، أو بين أحد البنوك وعميله. فى هذه الحالات ومثيلاتها يعمد الأطراف إلى قيد الصفقات التى تجرى بينهم فى حساب جار والابتعاد عن تصفية كل عملية على حدة لما فى هذا الطريق الأخير من معائب مُفضلتين صفة التبسيط التى يتمتع بها الحساب الجارى الذى تفقد فيه كل عملية ذاتيتها وتتضافر العمليات وتتجمع فى كتلة واحدة تخضع لنظام واحد.

وإذا تأملنا ما تقدم أمكننا أن نضع أيدينا على بعض المسائل الجوهرية فى عملية الحساب الجارى التى من شأنها أن تعين الباحث فى ترسم ملامح القانون الواجب التطبيق الذى يمكن أن تتجمع فى محياه أو صاف تؤهله أكثر من غيره لحكم هذه العملية. هذه الملامح هى:

- الحساب الجارى وسيلة لتسوية الديون فيما بين طرفيه ووسيلة لضمان الحقوق المتقابلة لطرفى الحساب. كما أن الفكرة الأساسية فيه هى إرجاء استحقاق جميع الحقوق والديون بين الطرفين والداخله فى الحساب إلى تاريخ واحد هو تاريخ قفل الحساب. فالعمليات التى تقيد فى الحساب يلحقها نوع من التجديد وتفقد استقلالها وصفاتها وتصبح مجرد مفردات دائنة ومدينة، وتلتصق بالحساب برباط متين بحيث لا يمكن المطالبة بدين دخل الحساب. والحال كذلك لا تسوى العمليات التى تدخل الحساب كل منها على حده. وفى أثناء سير الحساب لا يكون ثمة دائن ومدين ولا تظهر صفتا الدائن أو المدين إلا عند قفل الحساب واستخراج الرصيد. فهذا الرصيد وحده هو الذى يكون محلاً للتسوية^(١).

(١) المرجع السابق، فقرة ٢٠٥.

- الدفع فى الحساب الجارى، بالنسبة لكل طرف من أطرافه - يساوى الوفاء Paiement. وإذ نبحث عن القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية فإنه يلزم أن يكون أحد طرفى الحساب - أو كلاهما - بنكاً. أحد الطرفين يسمى الدافع ويأخذ مركز الدائن، والآخر هو المستلم أو القابض ويكون فى مركز المدين. هذا مع ملاحظة أنه إذا كان صحيحاً أن الغالب هو أن يكون أحد طرفى الحساب الجارى بنكاً إلا أن ذلك ليس بشرط لقيامه.

- للتسوية عن طريق الحساب الجارى فوائد عدة "فالحساب الجارى يسمح بالاقْتِصَاد فى استعمال النقود، إذ لا محل فيه للوفاء أثناء فترة تشغيله، وهو آلية على جانب كبير من البساطة لتسوية مجموعة العمليات التى تقوم بين طرفيه بعملية وفاء واحدة بفضل المقاصة التى تقع بين هذه العمليات. كما أن هذه المقاصة التى تجرى عند قفل الحساب تجعل هذا الأخير أداة انْتِمان وضمّان لأنها تعفى كل طرف من الوفاء بديونه فى الحدود التى يكون دائناً فيها فتدراً بذلك خطر إفسار أو إفلاس الطرف الآخر"^(١).

- من الرائج عند الفقهاء أن الحساب الجارى هو عقد تابع *accessoire*. ويقصدون بذلك أنه يفترض وجود عمليات أصلية متتابعة بين طرفيه لا تسوى كل عملية منها على حدة، وإنما تسوى جميعاً دفعة واحدة بطريق المقاصة^(٢).

والحق هو ما أظهره جانب آخر من رجال الفقه التجارى من أن عقد الحساب الجارى ليس عقداً تابعاً. فالعقد التابع يعنى من الوجهة القانونية العقد الذى يتبع فى وجوده وصحة وانقضائه عقداً آخر هو العقد الأصلي. وبهذا المعنى لا يكون لعقد فتح الحساب الجارى صفة التبعية. فهو "بلا شك عقد قائم

(١) الدكتور على البارودى والدكتور محمد فريد العرينى، المرجع السابق، فقرة ١٦٩.

(٢) الدكتور مصطفى كمال طه، المرجع السابق، فقرة ٥٣٦، الدكتور على جمال الدين عوض، فقرة ٢١٦، ص ٢٧٠، الدكتور هانى دويدار، المرجع السابق، ص ٢٢٨.

مكتف بذاته ولا تتوقف صحته وأثاره على عقد آخر. فإذا أبطلت عملية أو أكثر من العمليات المعقدة فيه فإن ذلك قد يؤدي إلى شطب القيود التي أدت إليها العمليات الباطلة، ولكن ذلك لا يؤثر في صحة عقد الحساب الجارى. بل إننا إذا افترضنا جدلاً أن كل العمليات التي أدرجت فيه أبطلت لسبب أو لآخر فإن ذلك لا يؤثر في صحة عقد حساب جار نشأ صحيحاً، إذ يظل قائماً متهيئاً لتلقى قيود جديدة بعد شطب القيود الباطلة"^(١).

ولعل الصحيح في هذا الشأن هو تبعية هذه العمليات لعقد الحساب الجارى "فهذه العمليات تندمج فيه وتفقد ذاتيتها واستقلالها وصفاتها وضمائنها لتكتسب صفة وضمائانات الحساب، كما أنها تتقدم بتقدمه ولو كان لها تقدم خاص"^(٢). والرائج في الفقه والقضاء أن الحساب الجارى له قواعده الخاصة وأحكامه التي فرضها العرف الذى نشأ في ظلّه"^(٣).

- أهم ما يميز الحساب الجارى عن أى نوع آخر من قيد العمليات التي تتم بين طرفين هو ما يقصده أطراف العقد من أن يفقد كل مدفوع خصائصه بمجرد قيده في الحساب ويتحول إلى أحد عناصر الحساب الجارى وأهمها التجديد الذى يطرأ على كل مدفوع يدخله واتخاذها وصفاً جديداً. أما إذا قصد الأطراف من هذا العقد مجرد تنظيم الحسابات بينهم وقيد ما يجرى من صفقات وتحديد صفة كل طرف كدائن أو مدين بعد انتهاء كل عملية على حدة، فإن هذا العقد، ليس عقد فتح حساب جار"^(٤). والقاضى هو الذى يخلع على العملية وصفها السليم دون تقيد بما يطرحة الأطراف على العقد من وصف"^(٥). وهذا الوصف يخضع لرقابة محكمة النقض.

(١) الدكتور على البارودى والدكتور محمد فريد العرينى، المرجع السابق، فقرة ١٧١ / ٢.

(٢) المرجع السابق، فقرة ١٧١ / ٢.

(٣) الدكتور على جمال الدين عوض، طبعة ٢٠٠٠، فقرة ٢١١ والمراجع المشار إليها فيه.

(٤) الدكتور على البارودى والدكتور محمد فريد العرينى، المرجع السابق، فقرة ١٧١. الدكتور سمحة القليوبى، المرجع السابق، ص ١٧٤.

(٥) نقض فرنسى (الدائرة التجارية) ٢٥ أبريل ١٩٥٠، J. C. P.، ١٩٥٠ رقم ٥٨٤٤.

- يذكر فقهاء القانون التجارى، وهم بصدد الحديث عن آثار الحساب الجارى، أنه يترتب على دخول الحق فى الحساب الجارى ضرورة إجراء قيد فى الجانب الدائن لحساب الدافع. ونظراً لأن هذا الحق يتحول إلى مجرد قيد أو مفرد فى الحساب فإنه لا يمكن المطالبة به إلى وقت قفل الحساب. فالحق - كما يقولون - يزول تمهيداً لتجديده عند قفل الحساب، ويحل محله - بمجرد دخوله فى الحساب - مفرد حسابي. ويعرف ذلك بالآثر التجديدي الناشئ عن الحساب الجارى. ولما لم يكن ممكناً المطالبة بالحق أثناء عمل الحساب، كان من توابع ذلك أن الحقوق التى تدخل الحساب تبقى متماسكة فيه وفيما بينها، ومن غير أن يحظى أى مفرد منها بمعاملة خاصة دون غيره من المدفوعات. ويسمى ذلك بتماسكه أو عدم تجزئة الحساب الجارى^(١).

إلى ذلك فإن عقد فتح الحساب الجارى من العقود التى تقوم على الاعتبار الشخصى، أى على الثقة المتبادلة بين أطرافه. وبمقتضى هذه العلاقة التبادلية يقوم الاعتبار الشخصى على "العمليات المستمرة التى يرتضى الطرفان دخولها فى الحساب الجارى. والواقع أن هذا الاعتبار الشخصى هو السبب الدافع لكل من الطرفين على إبرام عقد الحساب ذلك أن آثاره تتضمن مخاطرة لا يقبل عليها الطرفان إلا إذا توافرت بينهما ثقة كافية. فهذه الآثار تجعل كلاً منهما يعطى شيئاً مؤكداً مقابل شئ غير مؤكد إذ يرتضى انقضاء الحق المستقل الناشئ عن العملية الأصلية فى مقابل مجرد قيد فى الحساب. ولذلك تعمد البنوك عادةً إلى تبادل المعلومات عن عملائها الجدد فتتوصل بذلك إلى تكوين "قائمة سوداء" للعملاء غير المرغوب فيهم. بل إن الاعتبار الشخصى فى هذا العقد يتجاوز العلاقة بين طرفيه. فقد أرسى القضاء الفرنسى مبدأ هاماً مفاده أنه إذا خلق فتح الحساب الجارى جواً من الثقة بالعميل مما مكنته من الحصول على الائتمان من الغير، بحيث إذا تبين بعدئذ لهذا الأخير أن

(١) راجع فى دراسة مفصلة بشأن هذه المسألة، الدكتور على جمال الدين عوض، عمليات البنوك، ص ٣٢٩ وما بعدها.

العميل غير جدير بالثقة التي خلقها له البنك عندما فتح له الحساب، كان لهذا الغير أن يرجع على البنك بتعويض الضرر الذي أصابه نتيجة تعامله مع هذا العميل"^(١).

- للحساب الجارى عنصران أحدهما إرادى والآخر مئادى. الأول هو التراضى عليه وانصرافه إلى ترتيب آثاره. والثانى هو المدفوعات اللى تلقى فى الحساب الجارى. والمدفوعات هى "القيم التى تُقَيَّد فى الحساب وتكون حقاً لأحد طرفى الحساب قبل الطرف الآخر. ولذلك لا يقبل أن يكون محل القيد فى الحساب بضاعة أو سندات أو أى مال آخر، إنما الذى يقبل القيد هو قيمة هذا المال. ومن هنا يبدو أن المدفوع ليس عملية مستقلة وإنما هو تسوية للعملية الأصلية داخل الحساب. أى أن المدفوع هو فى أصله الحق أو الدين الناشئ عن العملية الأصلية لأحد الطرفين على الآخر. وصاحب هذا الحق هو الدافع ويأخذ مركز الدائن، أما صاحب الدين فهو القابض ويكون من الدافع فى مركز المدين. والدافع والقابض هما طرفا الحساب الجارى"^(٢).

متى استبان ما تقدم تعين علينا أن نبحث أولاً فى القانون الذى يحكم الحساب الجارى وثانياً فى نطاق تطبيقه.

أولاً: القانون الواجب التطبيق:

أ - مسألة تكييف المقدم:

ابتداءً نقرر أن ما يعد "عقد حساب جارى" هو مسألة تكييف تخضع لقانون القاضى طبقاً لنص المادة ١٠ من القانون المصطفى المصرى التى تقرر أن "القانون المصرى هو المرجع فى تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات فى قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها". فالمشرع الوطنى عند سنه لقواعد الإسناد وتحديده للطوائف المختلفة للمسائل التى تسرى بشأنها كل قاعدة من هذه القواعد، قد بنى أحكامه فى ضوء

(١) الدكتور على البارودى والدكتور محمد فريد العربى، المرجع السابق، فقرة ١٧١.

(٢) الدكتور على البارودى والدكتور محمد فريد العربى، المرجع السابق، فقرة ١٧٣.

الأفكار المتعارف عليها في نظامه القانوني^(١).

على أنه لما كان من غير المنطقي مواجهة واقع العلاقات الخاصة الدولية بأفكار مستوحاة من القانون الوطني وبحلول موضوعة لمواجهة حاجيات مجتمع داخلي يسوده التجانس، وكان هدف الشارع بوضعه لقواعد الإسناد وتحديد الطوائف القانونية، هو إيجاد حل لمختلف المنازعات ذات الطابع الدولي التي تعرض أمام قضاائه الوطني، فإن التوفيق بين هذين الأمرين لا يتأتى إلا عن طريق تفسير قواعد الإسناد وتحديد المسائل التي تخضع لها في ضوء واقع هذه العلاقات. "وهو واقع يقوم على عدم التجانس في كثير من الأحيان بين الأفكار القانونية في مختلف الدول، ويتعين على القاضي عند بحثه في الوصف القانوني للمسألة المعروضة ألا يتطلب مطابقتها للأحكام التفصيلية في قانونه الوطني. بل يكفي بالتحقق من أن المسألة المعروضة تتوافر فيها الأسس الرئيسية التي لا يمكن لمركز قانوني محدد أن يقوم بدونها في الحياة الدولية. ولا شك أن هذه الأسس يستمدّها القاضي من قانونه الوطني، ولكن رجوعه إلى قانونه لا يشكل قيدا يلزمه بإدخال المسألة ضمن إطار وطني جامد وإنما بمثابة نقطة انطلاق في بحثه عن الأسس التي يقوم عليها المركز القانوني محل البحث في النظم القانونية المختلفة"^(٢). وهكذا نجد أن الفقه المعتمد في مصر وفرنسا يرى ضرورة الاستئناس - عند الاقتضاء - بالقانون الأجنبي حتى يتسنى للقاضي الوطني فهم حقيقة المركز أو العلاقة المطروحة أمامه، كما يجب على القاضي الوطني أيضاً توسيع مدارك الطوائف القانونية المدرجة في قانونه ببسطها والتلطيف من جمودها عن طريق الاستعانة بالقانون المقارن، وذلك حتى يمكن لهذه الطوائف القانونية أن تستوعب المراكز التي يجهلها قانون القاضي. ويتم ذلك كله - بطبيعة الحال - بقصد تحقيق التناسق والتعايش

(١) الدكتور فؤاد رياض، بالاشتراك مع الدكتورة سامية راشد، الوسيط، طبعة ١٩٩٢،
فقرة ٥٧، ص ٦٧.

(٢) الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، فقرة ٥٨، ص ٦٨.

المشترك بين النظم المختلفة بحسبان أن ذلك هو الذى ينسجم وطبيعة العلاقات الخاصة الدولية ويحفظ المجرى الطبيعي لها^(١).

إذن وصف الحساب بأنه من قبيل الحساب الجارى أم لا مسألة تكييف تخضع لقانون القاضى (م ١٠ مدنى مصرى). وعلى ذلك ليس صحيحاً ما ذهب إليه البعض من أن تكييف العقد يحكمه قانون البنك بوصفه القانون الذى يحكم العقد^(٢). وكل ما يمكن تصوره - كما ذكرنا قبلاً - هو إمكانية أن يستأنس القاضى المنظور أمامه النزاع بما عليه العمل فى القانون المحتمل تطبيقه للعلة التى ذكرناها.

مرة أخرى سألنا المحدد: إذا خلص القاضى المصرى إلى تكييف موضوع المنازعة المنظورة أمامه على أنه عقد حساب جارى ذى طبيعة دولية، بالمعنى الذى أسلفناه، فما هو القانون الواجب التطبيق عليه؟

ب- القانون الذى يحكمه:

شغلت المسألة بال الفقه والقضاء وقيل فيها كلام كثير يجدر قبل استعراضه أن نُصَدَّرَ باعتبارين جوهريين على الباحث أن يضعهما من الذهن موضعاً متقدماً:

أولهما، أنه لما كان الأمر يتعلق بعقد، فلا مشكلة البتة متى اتفق لأطراف صراحة أو بصورة ضمنية مؤكدة على تعيين القانون الواجب التطبيق^(٣) وتوافرت فى هذا القانون الشروط التى حددناها عند مطلع هذه الدراسة.

(١) فى تفاصيل هذه المسألة راجع:

Batifol, Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux. Choix d'articles, Paris, 1976, PP. 199 - 212.

(٢) انظر فى هذا الرأى:

L. Rabinovich, contrat et compte courant, dans Répertoire de droit international de lapradelle et Niboyet. Tome V. No 12; Hamel, Marin et vasseur, opérations de Banque. 1966. op. cit., No 363. Bis.

(٣) وهذا الحل مستقر لا يثير مشكلة فى القانون المقارن، راجع فى ذلك:

ثانيهما: صحيح أن عقد الحساب الجارى عقد يفترض - ابتداءً - وجود عمليات أصلية متتابعة بين طرفيه، إلا أن ذلك لا يعنى أبداً - فى نطاق القانون الدولى الخاص - أن يخضع الحساب الجارى للقانون - أو حتى للقوانين - الذى يحكم هذه العمليات. فالحساب الجارى مستقل من الناحية القانونية بالنسبة لسبب هذه العمليات الأصلية المتتابعة المقيد كل منها على الحساب بوصفه مدفوعاً^(١). وبعبارة أخرى، فإن الحساب الجارى له فنيته أو صنعته une technique الذاتية والخاصة به التى تمنع إخضاعه للقانون الذى يحكم هذه العمليات^(٢).

فضلاً عن ذلك، فإن الحساب الجارى - كما ذكرنا - يتم عادةً بوصفه تصفية لجملة عمليات متتابعة بين أطرافه منها ما يكون قد تم فى مصر ومنها ما يكون قد تم فى الخارج، وللمرء أن يتصور كم سيكون عدد القوانين المحتملة التطبيق فيما لو قلنا بإخضاع الحساب الجارى للقانون الذى يحكم جملة العمليات التى يتم تسويتها عن طريق هذا الحساب.

وإلى ضمیمة كل ذلك، فإن الحساب الجارى ينظر إليه بوصفه أداة أو طريقاً استثنائياً يهدف فى العمق إلى تسوية الحقوق والديون التى تنشأ بين طرفيه خلال مدة معينة. هذه الطبيعة الجديدة لا شك لها انعكاساتها بالنسبة لتحديد القانون الواجب التطبيق: فالحقوق والديون التى تحولت إلى مجرد مفردات فى الحساب الجارى تقتضى البحث عن قانون آخر يحكم هذه الأخيرة بدلاً من القانون الذى يحكم العلاقات التى نشأت عنها الحقوق والديون التى انصهرت فى بوتقة الحساب الجارى.

= Freymond (P.). Questions de droit Bancaire internationale. Cours la Haye. T. 131. 1970. P. 22; Stoufflet. Banque et operations de Banque en droit international. No 76, Gavalda. Banque et etablissement Financier. Rep. Dalloz. Op. cit., No. 43; Rabinovitch. Contrat de compte - courant. Op. cit., No 4.

(١) Stoufflet، البنك وعمليات البنوك، فقرة ٧٦، Gavalda، موسوعة القانون الدولى، فقرة ٤٣.

(٢) جافلدا، المرجع السابق، فقرة ٤٣.

متى استبان ما تقدم، كان علينا أن نعاود طرح السؤال: ما هو القانون الذى يحكم الحساب الجارى؟ تتعدد الآراء بين مرجوحة وراجعة وإن كان ثمة بعض فروض تحتاج إلى تحليل.

١- الآراء المرجوحة:

قيل بتطبيق قانون محل إبرام العقد^(١) وقال آخرون بتطبيق قانون موطن المدين، وهو المركز الذى يكشف عنه الرصيد النهائى للحساب. فإن كان العميل هو المدين كان قانون موطنه هو الواجب التطبيق، وإن كان البنك هو المدين كان قانون مقره أو موطنه هو الواجب الإعمال^(٢). وذهب آخرون إلى إعمال قانون الجنسية المشتركة لطرفى الحساب الجارى.

على أن الآراء المتقدمة لا تطو على التجريح. فالرأى القائل بتطبيق قانون محل الإبرام يتجاهل أنه فى ظل القاعدة القائلة بأن الشكل يحكمه قانون محل الإبرام، وهى قاعدة اختيارية هدفها التيسير على الفرقاء، يكون من المتصور أن يتم إبرام عقد الحساب الجارى فى الخارج. فقد يتم بالوسائل الفنية الحديثة بالتلكس أو التليفون أو المراسلة. ونظراً لأن قانون محل الإبرام قد يكون عرضياً لا يربطه بالعلاقة رباط سيما وأنا بصدد عمليات مصرفية تتم فى سرعة وعلى عجل كان من المتصور تطبيق قانون - وفق هذا الرأى - على غير اتصال بالعلاقة وهو ما لا يصح.

أما الرأى الثانى الذى يعتد بقانون موطن المدين على نحو ما يكشف عنه الرصيد النهائى للحساب فإنه يتجاهل الطبيعة الخاصة للحساب الجارى والتي تضىف عليه ذاتيته، وهى ذاتية توجب تطبيق القانون الأكثر ملاءمة لحكم

(١) والناظر فى المسألة يلحظ أن عقد الحساب الجارى يتم إبرامه عادة فى المكان الذى يوجد فيه المصرف. وبالتالي فإن الغالب - إنه لم يكن دائماً - أن تكون نتيجة هذا الرأى هي إعمال قانون البنك وهو الحل المعتمد كما سنرى.

(٢) راجع هذه الآراء مشاراً إليها عند Freymond مقالة Questions de droit Bancaire international، دروس لاهى، ١٩٧٠، المرجع السابق، ص ٢٢.

العملية. ولا يتصور أن يكون موطن العميل هو القانون الملازم في الفرض الذي يظهر فيه عند الحساب أنه المدين^(١).

والرأى الثالث الذى يقول بتطبيق قانون الجنسية المشتركة لطرفى الحساب ليس أحسن حالاً من سابقه. فهو - أولاً - قاصر لم يحدد لنا الحل فى الفرض حيث يتم الحساب بين طرفين (البنك والطرف الأخر) من جنسيتين مختلفتين. ناهيك عن التعقيد الذى سيضيفه إلى المسألة محل البحث من جراء الاختلاف الحادث بين الدول حول اعتماد معيار لاعتبار شخص معنوى ما متمتعاً بجنسيتها. هذا الاختلاف بين الدول سيؤدى حتماً إلى اختلاف فى الحلول المتصورة بشأن حل المسألة.

٢- الرأى الراجح:

ويذهب الرأى المعتمد^(٢) فى الفقه الحديث إلى تطبيق قانون البنك الذى تم فيه فتح الحساب الجارى. ومن باب التكرار للتذكرة نضيف أن المقصود بقانون البنك الواجب التطبيق هو قانون الدولة التى يوجد فيها البنك أو الفرع أو المراسل أو الوكيل الذى تم فيه فتح الحساب الجارى.

أسانيد:

وثمة جملة من الأسانيد تدعم أعمال قانون البنك. فالذى لا شبهة فيه أن أداء البنك فى عملية الحساب الجارى يعد بمثابة الأداء المحورى أو الفذوى الطبيعية المميزة^(٣). العنصر الفنى الذى يهيمن على أداء البنوك لوظائفها - والذى سبق طرحه غير مرة - يضيف أهمية خاصة على تطبيق قانون البنك فى شأن هذه العملية. فالنشاط المصرفى يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالوسط الاقتصادى

(١) اقرأ هذا الرأى معروضاً عند أرمنجون، الموجز فى القانون الدولى الخاص التجارى، ١٩٤٨، فقرة ٢٢٢ ص ٤٠٠ - ٤٠١ وهامش (١) ص ٤٠١.

(٢) Rabinovich, contrat de compte - courant. Op. cit., No 10: Gavalda. Rep. Dalloz. Dr. int. No. 45: Arminjon. precies de droit international privé commercial. 1948, No 222. P. 400 et ss: Pillet. Traité pratique. I. 11. No 498 - 499: Freymond. Cours la Haye. Op. cit., P. 23 - 24: Stoufflet. Banque et operations de Banque, op. cit., No 77.

(٣) Freymond المرجع السابق ص ٢٢.

الذى تعمل فيه هذه المصارف، ويرتبط من ثم بالأوضاع والظروف التى يعمل فيها السوق المحلى للنقود والائتمان. فلا شبهة فى أن القوانين والعادات السارية فى دولة معينة تصطبغ بالأوضاع الاقتصادية السائدة فى هذا المكان^(١).

وفى خصوص الحساب الجارى نلاحظ أن القواعد المحاسبية التى يعمل على مقتضاها هذا الحساب والقواعد القانونية المعمول بها وفق قانون البنك ترتبط فيما بينها بشديد الارتباط. فالبنك يطبق طريقة محاسبية واحدة، ولا يمكن من ثم قيد هذه الحسابات إلا وفقاً للقواعد القانونية والأعراف والعادات المصرفية السائدة فى هذا المكان الذى يوجد فيه البنك المقترح فيه الحساب. وفتح الحساب وكيفية عمله يقتضيان أعمال نظام محاسبى واحد يتسم بالثبات والديمومة، وهو ما يتحقق فى البنك الذى يتم فيه فتح الحساب الجارى ويكون قانونه من ثم هو المؤهل - أكثر من أى قانون آخر - للاضطلاع بهذه المهمة. وبعبارة أخرى فإن البنك يشغل وضعاً اقتصادياً فذاً فى العملية، وهو الذى يحدد عادة شروط الاتفاق لكن دون تعسف منه.

إلى ذلك، فإن حسن أداء المؤسسة البنكية لعملها يوجب أن تخضع الحسابات العديدة، التى يفتحها البنك، لنظام قانونى موحد الذى هو بطبيعة الحال - النظام القانونى السائد فى قانون دولة هذا البنك. إن تحقيق الأمان والثقة التجاريين يقتضيان بالضرورة تحقيق المساواة بين جميع عملاء البنك والذين يجب أن يمنحهم ذات الحقوق وبفرض عليهم ذات الالتزامات. ولا شك أن الوصول الى هذه الغاية يتطلب أعمال قانون المصرف^(٢).

(١) Stoufflet، البنك وعمليات البنوك... المرجع السابق، فقرة ٩٣، ٧٧؛ Freymond، المرجع السابق، ص ٢٣. هامل وفاسير وماران، الحسابات البنكية - الجزء الأول - ١٩٦٦، ص ٦٦١.

(٢) Gavalda، موسوعة القانون الدولى، فقرة ٤٥، Rabinovich، المرجع السابق، فقرة ٨. Pillet، الجزء الثانى، فقرة ٤٩٨، ص ٢٠٣ وما بعدها؛ Kegel، المرجع السابق ص ١٩٠، هامل وفاسير وماران، الحسابات البنكية، الجزء الأول، باريس - سيرى ١٩٦٦، ص ٦٢٠ - ٦٢٢.

فوق ما تقدم، فإن قانون البنك عادة ما يكون هو قانون الدولة التي يتم فيها إبرام العقد وتنفيذه، وهو الأمر الذي يتحقق معه وحدة في القانون المطبق. سواء من حيث موضوع العقد أم من حيث شكله وكيفية تنفيذه. وتبدو الصورة واضحة بالنسبة لعملية الحساب الجاري إن أدركنا أن التنفيذ في هذه العملية يتم في شكل قيود تتم في مكاتب هذا البنك.

وأخيراً، فإن قانون البنك ينطبق في هذه الحالة بوصفه من قوانين الأمن والبوليس التي لها صفة قوانين الضرورة ذات التطبيق المباشر. فهناك العديد من القوانين السائدة في قانون البنك تنطبق مباشرة لتحكم جوانب عديدة في العمليات البنكية وبالأخص في مسألة الحساب الجاري. وهي قواعد تنطبق بصرف النظر عن موطن المتعامل مع البنك أو جنسيته، ذلك أن الدولة عادة ما تهدف بفرض هذه القواعد إلى حماية الائتمان العام ومراعاة مسائل حساسة لها طبيعة اقتصادية، واجتماعية كحماية العملاء^(١).

ففي مصر نجد أن البنك المركزي قد أنشأ إدارة عامة لتجميع مخاطر الائتمان المصرفي تهدف إلى توفير البيانات لكافة البنوك عن المراكز المالية للعملاء لدى جميع البنوك الخاضعة لإشرافه ورقابته، باعتبار ذلك أحد المصادر الهامة في الحصول على بيانات طالب فتح الحساب أو طالب التسهيلات الائتمانية بصفة عامة مع البنك. وقد هدف البنك المركزي من وراء ذلك إلى تحقيق مصالح البنوك والغير خشية الإسراف في فتح حسابات جارية تتضمن تسهيلات ائتمانية للعملاء دون وجه حق^(٢).

ولتحقيق ذات الحكمة أصدر البنك المركزي قراراً في الخامس من يونية ١٩٨٦ له صفة الإلزام لجميع البنوك بمقتضاه تلتزم البنوك بإخطار

(١) Gavalda, op. cit., No 45, Kegekl, op. cit., P. 182, etss: stoufflet op. cit., No ٦٧ les conflits de lois en matière de credits Bancaires, communication, trav - comite Français. Op. cit., P. 99.

(٢) الدكتور سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك، ١٩٩٢، المرجع السابق، فقرة ١٠٣ ص ١٧٨.

الإدارة العامة لتجميع مخاطر الائتمان المصرفي بالبنك المركزي المصري بجميع التسهيلات التي يتم منحها للعملاء والتعديلات التي تطرأ عليها وفي المواعيد المحددة. كما يقع على عاتق هذه البنوك التزام بإخطار ذات الإدارة أولاً بأول ببيانات العملاء الذين يتوقفون عن سداد التزاماتهم والإجراءات المتخذة ضدهم والتسويات التي تتم معهم وما يسترده البنك من العميل. كما يتضمن قرار البنك المركزي المذكور ضرورة قيام البنوك بالإطلاع على البيانات التي جمعتها وأعدتها الإدارة العامة لتجميع مخاطر الائتمان المصرفي بالبنك المركزي عن العملاء قبل التصريح لأي عميل بتسهيلات مصرفية، سواء أكانت جديدة أم لتجديد أو دفع المصروح به. وهذا البيان يعتبر مستنداً ضرورياً لإدارة البنك قبل منح التسهيل.

هذا، ويجب أن يقر كل عميل - وفق هذا القرار - بجميع تعاملاته مع البنوك وحجم هذه التعاملات. ويعتبر الإدلاء ببيانات غير صحيحة سبباً في الحرمان من الحصول على التسهيلات المطلوبة. وإذا خالفت البنوك هذه التعليمات عرضت حالة البنك المخالف على مجلس إدارة البنك المركزي لاتخاذ أي من الإجراءات المنصوص عليها في المادة ٦٠ مكرراً من قانون البنوك والائتمان رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ المعدل بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨٤. وبذلك تتحقق الرقابة من البنك المركزي على فتح الحسابات بصفة عامة أيأ كان الغرض من فتح الحساب.

والحال كذلك، فإنه يبدو من الصعوبة بمكان أن نفصل قواعد البوليس المعمول بها في قانون مقر البنك عن القانون الذي يحكم الحساب^(١).

وتطبيق قانون البنك على الحساب الجاري هو الحل الذي يعمله القضاء في القانون المقارن. فقد قالت به المحكمة الفيدرالية السويسرية في حكم لها في ١٩١٨، في منازعة متعلقة بحساب جاري بين عميل سويسري وبنك نمساوي،

(١) Gavalda، موسوعة القانون الدولي، المرجع السابق، فقرة ٤٥، Stoufflet البنك وعمليات البنوك، المرجع السابق، فقرة ٦٦.

مقدرة أن قانون البنك النمساوي هو الواجب الإعمال. وفي ذلك ساءت المحكمة مجموعة أسانيد لا تخرج في مجملها عن تلك التي سطرناها^(١). وقد أكد القضاء السويسري إيمانه بهذا الحل في أكثر من مناسبة^(٢).

وبعين الحل هذا قال القضاء الفرنسي على لسان محكمة استئناف باريس في حكمين متتابعين لها في ٢٩ مارس ١٩٣٨^(٣) وفي ١٢ أبريل ١٩٣٨^(٤).

٢- بعض فروض تحتاج إلى تجلية:

ومتى فرغنا مما تقدم تعين علينا التصدي لبيان القانون الذي يحكم ما يُسمى بالحساب الجماعي بدون تضامن، وكذلك الحساب الجماعي مع التضامن، وأخيراً القانون الذي يحكم الحساب الجاري الذي يتم بين بنكين. مسائل ثلاث إذن يجب عرضها:

المسألة الأولى: الحساب الجماعي بدون تضامن Collectif

وصورة هذا الحساب أن يقوم البنك بفتح حساب لعدة ورثة - منهم

(١) أنظر هذا الحكم مشار إليه عند Freymond، سابق الإشارة إليه ص ٢٣. وقد قالت المحكمة في هذه المناسبة:

"L'une des parties est une banque qui fait professionnellement des opérations de compte courant: l'autre partie est un client de cette banque. C'est la banque qui tient le compte et elle fait d'après les règles de la législation en vigueur au siège de ses affaires, complétée par les usages reçus en matière de banque. En se mettant en relation avec la banque et en faisant tenir le compte courant par elle, le défendeur s'est tacitement soumis aux règles établies par elle pour cette exploitation en vigueur au siège de la banque. Cette législation autrichienne et.. Conformément à la volonté des parties qui lie le juge. C'est donc le droit autrichien qui est applicable aux relations de compte courant. C'est par conséquent à la lumière du droit autrichien que devait être les comptes courants dérogeant aux règles ordinaires sur la compensation".

Trib. Federal, Première cour civile. Le 7 juillet 1974. J. 1976. V. chronique de Jurisprudence Suisse par Pierre Lalive: Revue, 1977, P. 55, Note Frank Vischer: 26 Oct. 1937. clunet 1938. P. 968. (٢)

Paris 29 Mars 1938. clunet 1938. 1017. abs. Tager. (٣)

Paris 12 Avril. 1938. P. 749 et la note. (٤)

الوطني ومنهم الأجنبي مثلاً - "انتظاراً لنتيجة قسمة التركة أو الشركاء في شركة محاصة. ويسمى لذلك الحساب الشائع، وهو لا ينطوي على تضامن إيجابى أو سلبى أمام البنك فأتاح الحساب. ولما كان حق كل من المفتوح لهم الحساب ينسب على كل جزء فيه، فإن تشغيله لا يكون لأى منهم بمفرده وإنما يلزم لذلك توقيعهم جميعاً فى كل عملية ما لم يوكلوا ولجداً منهم فى ذلك، فىكون له أن يباشر تشغيل الحساب بالأصالة عن نفسه بالنسبة لحصته وبوصفه وكيلاً عن زملائه بالنسبة لما يزيد عن هذه الحصه"^(١).

فى هذه الصورة إذا انتهى الحساب برصيد دانن فإنه يكون لمن بيده سلطة تشغيل الحساب أن يسحب الرصيد كله، أما إذا كان الرصيد مديناً، فإن البنك لا يستطيع أن يطالب أياً من الفتوح لهم الحساب بكل الرصيد، ذلك أنه لا تضامن بينهم. وكل ما هنالك أنه يطالب كل واحد منهم بنسبة حصته.

ومن البين أن آلية تشغيل هذا الحساب على الوجه الأمثل تقتضى تطبيق قانون البنك فأتاح الحساب. ويمكن هنا التحدى بكافة مبررات تطبيق قانون البنك فى الصورة العادية لفتح الحساب الجارى.

المسألة الثانية: الحساب الجماعى مع التضامن الإيجابى بين

الأشخاص المفتوح لهم الحساب: Le compte Joint.

والصورة هنا أن يفتح البنك الحساب لعدة أفراد - وطنيين وأجانب أو أجانب جميعهم - على أن يكون بينهم تضامن إيجابى يسمح لكل منهم بتشغيله. وعلى هذا الأساس يكون لكل مهم - بالنسبة للبنك - الحق الكامل على الحساب كما لو كان مفتوحاً باسمه وحده ويكون لكل منهم ذات الحقوق التى تكون للأخريين^(٢).

(١) الدكتور على جمال الدين عوض، عمليات البنوك، فقرة ١٩٦ ص ٢٤٣.

(٢) فى هذا النوع من الحسابات، راجع تفصيلات عديدة عند الدكتور على جمال الدين عوض، عمليات البنوك، فقرة ١٩٩ ص ٢٤٥؛ وما بعدها؛ وفى القانون المقارن اقرأ تفصيلات عند Gavalda، موسوعة القانون الدولى، المرجع السابق، فقرة ٤٦.

والسؤال ما هو القانون الذى يحكم هذا النوع من الحسابات؟ يجمع الفقه^(١) ومعه أحكام القضاء^(٢) فى القانون المقارن على تطبيق قانون البنك أيضاً لذات الاعتبارات التى تبرر تطبيق قانون البنك على الحساب الجارى فى صورته البسيطة أو العادية.

المسألة الثالثة: وهى التى يتم فيها الحساب الجارى بين بنكين، أو بين بنك وقرع له أو مراسل موجود فى الخارج *Compte courant entre banques*. فى هذه الصورة يتم فتح الحساب بالتبادل بين البنكين *deux banques s'ouvrent des comptes reciproques*.

ولقد اختلف الفقهاء فى هذه الحالة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق. فمن رأى البعض (متى لم يكن هناك اتفاق صريح حول تحديد القانون الواجب التطبيق) أنه يلزم التمييز بين البنوك العامة والبنوك الخاصة. فإذا كان أحد البنكين فاتحى الحساب المتبادل من البنوك العامة والآخر من البنوك الخاصة وجب تطبيق قانون البنك الأول: فقانون البنك العام له دائماً الغلبة فى مواجهة قانون البنك الخاص^(٣).

وليس يخاف على أحد ما ينطوى عليه هذا الرأى من عدم منطقية. فالمهنة المصرفية - كما أشرنا - تتأثر بقانون الدولة التى يعمل فيها المصرف، يستوى فى ذلك أن يكون البنك عاماً أو خاصاً. إلى ضميمته ذلك فإنه يلزم على الباحث فى القانون الدولى الخاص أن ينشغل عند بحثه عن القانون الذى يحكم العلاقة المطروحة - أى علاقة - بالقانون المرتبط بمركز الثقل فى العلاقة من بين القوانين المتصلة بها. ويتم ذلك بصرف النظر عما إذا كان القائم بالعمل له

(١) Gavalda، المرجع السابق، فقرة ٤٦، Aubert، فى مقاله:

Secret et responsabilité des Banques suisses envers les heritiers. semaine judiciaire. Geneve, dec. 1964, No 39. P. 33: Loussouarn et Bredin. droit du commerce international op. cit., No 662 P. 738.

(٢) وأنظر فى أحكام القضاء السويسرى المشار إليها عند Gavalda، المرجع السابق. فقرة ٤٦.

(٣) Rabinovithc، عند الحساب الجارى، المرجع السابق، فقرة ١٠.

صفة الشخص العام أو الخاص. ثم ما هو الحل فيما لو كان الحساب المتبادل مفتوحاً بين بنكين كلاهما خاص أو عام. ألا يكون المعيار الذى قال به صاحبه عاجزاً عن تقديم الحل الواجب فى مثل هذا الفرض^(١)؟

وقد ذهب جانب^(٢) آخر من الفقهاء إلى أنه متى كان الحساب الجارى مفتوحاً بالتبادل بين بنكين، فإنه يبدو أن كل بنك منهما يشغل دور البنك والعمل معاً، ويستحيل من ثم أن نطبق قانوناً واحداً. والأجدى - رغم ما فى هذا الحل من معاييب لا تخفى عند صاحبه - تطبيق قانون كل من البنكين الذين يتم فيهما فتح الحساب بالتبادل.

والواقع أن هذا الحل منتقد لأنه يخرج على المبدأ العام الذى بمقتضاه يخضع الحساب الجارى لقانون البنك دون مقتضى. كما أنه يرتكن - فيما يقول به - إلى تحليل مصطنع ولا يمكن بحال تعميمه. ونرى مع البعض التمييز بين وضعين^(٣):

الوضع الأول: وفيه يظهر مع التحليل أن ما تم فتحه بين البنكين هو مجرد حساب جار واحد تسجل فيه كافة العمليات التى تجرى بينهما. فى هذه الصورة لا يكون لوصف "الحساب المتبادل" أثر يذكر على طبيعة العملية من حيث كونها حساباً جارياً واحداً. فى هذا الفرض يجب تطبيق قانون واحد بالضرورة، ذلك لأن الحساب الذى يظهر فى حسابات أحد البنكين لا يعدو أن يكون صورة للحساب القائم فى دفاتر الطرف الأخر. والسؤال كيف يمكن تحديد هذا القانون الذى يجب تطبيقه؟ الحقيقة أن الأمر يتعلق بمسألة واقع حيث يلزم القيام بعملية تحليل لظروف الحال لتحديد أى بنك من البنكين هو الذى يتصرف

(١) فى هذا المعنى، Gavalda، موسوعة القانون الدولى، فقرة ٤٧، Stouffler، البنك وعمليات البنوك فى القانون الدولى، المرجع السابق، فقرة ٨٢؛ لوسوارن وبريدان، المرجع السابق، فقرة ٦٦٢، ص ٧٣٨، Freymond، المرجع السابق، ص ٢٤.

(٢) أرمنجون، المرجع السابق، فقرة ٢٢٧، ص ٤٠٦، ٤٠٧.

(٣) Stouffler، البنك وعمليات البنوك، فقرة ٨٣ - ٨٤؛ Freymond دروس لاهى ١٩٧٠، ص ٢٥.

لحساب البنك الآخر من خلال تشغيل الحساب^(١).

النظر في الظروف الواقعية التي تحيط بكيفية عمل الحساب بين البنكين لتحديد القانون الواجب التطبيق، هو ما عولت عليه محكمة استئناف باريس حين قررت أن فتح اعتماد مصرفي لدى بنك بواسطة بنك آخر من شأنه أن يبرر تطبيق قانون هذا البنك الذي تم فتح الاعتماد لديه^(٢).

الوضع الثاني: هو الغالب وفيه يكون ثمة حسابان متميزان كل منهما عن الآخر، ويسجلان عمليات متباينة. خذ على ذلك مثالا: بنك انجليزي يقيد في دفاتره حساباً بالجنبيهاات الاسترليني باسم مراسل فرنسي، وهو حساب تسجل فيه العمليات التي تتم بالعملة الإنجليزية بناء على طلب البنك (المراسل) الفرنسي (ويطلق على هذا الحساب Loro في مواجهة البنك الإنجليزي). هذا الحساب يحكمه القانون الإنجليزي بوصفه قانون البنك صاحب الأداء المميز أو المحوري في العملية. ويقابل ذلك الحساب الذي يفتحه البنك الفرنسي لحساب مراسله الإنجليزي والذي يتم في فرنسا بالفرنك الفرنسي (ويسمى هذا الحساب nostro في مواجهة البنك الفرنسي). في هذا الحساب يتم تسجيل العمليات التي تتم بالفرنك الفرنسي، كما يعمل وفقاً لأحكام القانون الفرنسي. في هذه الصورة يبدو نعت العمليات المتبادلة بين البنكين بأنها "متبادلة" وصفاً غير دقيق، ويجب على أي حال، إخضاع العمليات التي تتم في فرنسا لقانون البنك الفرنسي^(٣).

(١) Stoufflet، المرجع السابق، فقرة ٨٣.

(٢) استئناف باريس، ٢٩ مارس ١٩٣٨، ص ١٠١٧ تعليق Tager.

(٣) Stoufflet. op. cit., No 84; Freymond Questions de droit bancaire

international, cours la Haye 1970, op. cit., P. 25, comp. Gavalda. Rep. Dalloz. Dr. int. op. cit., No 47. lousouarn et Bredin, op. cit., No 662. P. 738.

هذا ويجرى العمل على أن يكون لكل مصرف "عملاء في جميع أنحاء العالم. إن المصارف العميلة في الخارج تفتح للمصارف الوطنية حسابات تُسمى nostro. لأنها حسابات للمصارف الوطنية عندها تسمح لهذه الأخيرة أن تجرى عملياتها لدى مراسليها في الخارج. غير أن المصرف الوطني غالباً ما يكون مدعواً إلى اللجوء إلى مراسل لمصارف أجنبية يفتح لديها حسابات تُسمى حسابات loro، يسجل عملياتها=

ثانياً: نطاق تطبيق قانون البنك:

إذن الرأي منعقد في إجماع وتواتر فقهي وقضائي على تطبيق قانون المصرف ليحكم الحساب الجاري بوصفه أحد تطبيقات العمليات المصرفية. لكن ما هو نطاق تطبيق هذا القانون؟ بادئ ذي بدء نقرر أن قانون البنك هو الذي يتحدد بمقتضاه شروط المدفوعات في الحساب الجاري، وشروط قفل الحساب وحالاته، كما يحدد هذا القانون ما إذا كان يترتب على القيد في الحساب تجديد الدين حتى يمكن تحديد ما إذا كان من الممكن نقل ملكية المفردات في الحساب أم لا. هذا الإجمال يعوزه بعض التفصيلات:

أ- شروط الحساب الجاري:

ذكرنا - غير مرة - أن العنصر الجوهري المميز للحساب الجاري هو العنصر المادى المتمثل في وجود المدفوعات *les remises*. هذه المدفوعات التي تغذى الحساب الجاري يمكن أن تثير - من خلال آلية عملها - تنازعا بين القوتين. فمتى سلمنا أن المدفوعات هي الحقوق التي تكون للدافع على القابض ويجب من ثم قيدها في الحساب فمن المتصور تماماً أن يكون هذا المدفوع بمثابة حق نشأ في الخارج ويراد إدخاله في حساب جاري مفتوح في مصر بوصفه مدفوعاً. في هذه الحالة تثار مسألة تحديد القانون الذي يحكم هذا المدفوع.

ولا شبهة لدينا في أن تحديد معنى المدفوعات والشروط الواجب توافرها فيها حتى يمكن قيدها في الحساب الجاري أمر يحكمه القانون الذي يحكم الحساب *le compte* المفتوح بين البنك والعميل، والذي هو قانون البنك.

عليه، أي أن الحسابات *nostro* هي حساباتنا لدى مراسلينا وأن الحسابات *loro* هي حساباتهم لدينا". ويلاحظ أنه "غالباً ما تكون الحسابات *nostro* بالعملة الأجنبية لأن المصارف الوطنية تجري في الخارج عمليات بعملة مراسلها بينما الحسابات *loro* هي حسابات بالعملة الوطنية لأن المصارف الأجنبية تجري عملياتها بعملة البلد الداخلي". راجع فريد الصلح وموريس نصر في المصرف والأعمال المصرفية، الأهلية تنتشر والتوزيع (غير منكور فيه سنة الطبع، فقرة ٨٦ - ٨٧، ص ٨٠ - ٨١).

ومتى سلمنا أنه بمقتضى فكرة الأثر التجديدي للحساب الجارى L'effet novatoire تتحول الحقوق التي تدخل في الحساب الجارى إلى مدفوعات في الحساب المفتوح لدى البنك المصرى (فى المثال الذى سقناه) فإنه ينبغى فى هذه الحالة أن نأخذ فى الحسبان عند قيد هذا المدفوع حكم قانونين: القانون الأجنبى الذى يحكم نشأة الحق الداخلى فى الحساب كمدفوع وبحيث ينبغى أن يكون هذا الحق قد نشأ صحيحاً وفقاً لقانون هذه الدولة، وحكم قانون البنك المفتوح لديه الحساب حيث يلزم أن يكون هذا المدفوع مشروعاً وفقاً لقانون هذا الأخير. ويُطبق القانونان فى هذه الحالة تطبيقاً جامعاً^(١). فإذا كان الحساب مفتوحاً لدى بنك فى مصر وجب أن يكون المدفوع صحيحاً ومشروعاً من وجهة نظر القانون المصرى، كما يجب أن يكون صحيحاً وفقاً للقانون الذى يحكم العلاقة التى نشأ عنها هذا الحق المراد إدخاله فى الحساب كمدفوع.

وإلى ضميمته ما سلف فإنه يشترط فى المدفوع الذى يمكن قيده فى الحساب الجارى أن يكون قد سلم إلى القايض على وجه التملك^(٢). والذى لا شك فيه أن القانون الذى يحكم الحساب - قانون البنك - هو الذى يحدد لنا تاريخ انتقال ملكية هذا المدفوع من الدافع إلى القايض^(٣). وعلى ذلك، ووفقاً لهذا التحديد، نقرر أنه إذا كان القانون الواجب التطبيق هو القانون المصرى بوصفه قانون البنك فإنه "إذا سلمت ورقة تجارية للبنك للخصم بعد تظهيرها إليه تظهيراً ناقلاً للملكية، قيدت قيمتها فوراً فى الحساب الجارى أما إذا سلمت

(١) جافالدا، المرجع السابق، فقرة ٥٥، Rabinovitch، فى لابرايدل ونبوايه تحت عنوان

- عقد الحساب الجارى، فقرة ٢٦.

(٢) راجع فى التفاصيل المتعلقة بهذا الشرط، الدكتور مصطفى كمال طه، فقرة ٥٣٩

ص ٤٧٧؛ الدكتور على جمال الدين عوض، عمليات البنوك، ١٩٨٩، ص ٣٠٧ وما

بعدها.

(٣) جافالدا، المرجع السابق، فقرة ٥٥، Rabinovitch، عقد الحساب الجارى المرجع

السابق، فقرة ١٣ - ١٤، Stoufflet، تنازع القوانين فى مسائل عمليات البنوك، مؤتمر

القانون الدولى المصرفى - كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية (من ١٨ إلى ٣٠ مارس

١٩٦٥) جامعة Clermont - Ferrand، حوليات الكلية ١٩٦٥، Fasc رقم ٢،

ص ٢٠٦، وأنظر بصفة خاصة ص ٢١٢.

الورقة التجارية للبنك للحصول بعد تظهيرها إليه على سبيل التوكيل، فلا يجوز قيد قيمتها في الحساب الجارى إلا بعد تحصيلها. وبالمثل لا تعد من المدفوعات التى تقيد فى الحساب قيمة الأشياء التى تسلم على سبيل الرهن أو الوديعة^(١).

زد على ما تقدم فإن قانون البنك - بوصفه القانون الذى يحكم الحساب - هو الذى يتحدد بمقتضاه حقوق البنك للقابض وحالات الرجوع على الدافع وبصفة خاصة إمكانية القيد العكسى للأوراق التجارية التى لم تدفع قيمتها فى ميعاد الاستحقاق^(٢). وإخضاع إمكانية إجراء القيد العكسى للأوراق التجارية غير المدفوعة للقانون الذى يحكم الحساب، أى لقانون البنك، يجد تفسيره فى أن هذا الإجراء يتحلل فى العمق إلى نوع من الضمانات التى تكون بيد البنك لحماية الرصيد النهائى والإجمالى للحساب^(٣). ولا يستقيم عندنا - وفق هذا التحليل - ما يقول به البعض من أن حق البنك فى القيد العكسى يفسره أنه طريقة للرجوع المصرفى^(٤). إذ لو صح هذا التفسير لكان ذلك مقررًا وفقًا للقانون الذى يحكم عملية الرجوع المصرفى، أى وفقًا لقانون الدولة التى تم فيها توقيع العميل على الصك طبقًا لما تقول به اتفاقيات جنيف، أو وفقًا لقانون محل الوفاء بالورقة وفقًا لما رجحنا العمل به فى ظل المادة ٢٤ من القانون المدنى المصرى^(٥).

وإذا كان الشئ بالشئ يذكر فإن ثمة سؤالًا يعرض بمناسبة عملية القيد العكسى للأوراق التجارية فى الفرض حيث يتعلق الأمر بحساب جار: فكرة

- (١) الدكتور مصطفى كمال طه، المرجع السابق، فقرة ٥٣٩، ص ٤٧٧.
- (٢) فى تحديد المقصود بالقيد العكسى للأوراق التجارية، الدكتور مصطفى طه، فقرة ٥٥٧ ص ٤٩٣، الدكتور على جمال الدين عوض، عمليات البنوك، فقرة ٤٠٠ وما بعدها، ص ٤٨١.
- (٣) Gavalda، موسوعة القانون الدولى - تحت عنوان Banque et etablissement financier، المرجع السابق، فقرة ٥٥.
- (٤) فى عرض ذلك وتحقيقه الدكتور مصطفى كمال طه، القانون التجارى ١٩٨٨، فقرة ١٥٥٨ ص ٤٩٤ - ٤٩٥.
- (٥) فى تحديد القانون الذى يحكم عمليات الرجوع فى مصر وفرنسا، أنظر مؤلفنا فى تنازع القوانين فى الأوراق التجارية، سابق الإشارة إليه، ص ٣٣٣ وما بعدها.

القيد العكسي للأوراق التجارية هذه هل تعد بذاتها مسألة لها صفة النظام العام في القانون المصري بحيث إذا تعلق الأمر بحساب جارى ذى طبيعة دولية - بالمفهوم الذى رجعنا له للمسألة - لم يكن فى مقدور الأطراف المتعاقدة إمكانية الاتفاق على عدم إعمال حكمها؟ هذا ما لا نتصوره. ويكون لأطراف الحساب إمكانية الاتفاق فيما بينهم على استبعاد هذه الطريقة^(١).

تبقى - فى هذه الخصوصية - المسألة الخاصة بما يسمى بعمومية الحساب الجارى *généralité de compte courant*، أو التخصيص العام والتي تعنى ضرورة أن يشمل الحساب الجارى جميع المدفوعات الناشئة عن العلاقات بين طرفى الحساب. مسألة العمومية هذه يحكمها القانون الذى يحكم الحساب، وهو قانون البنك بالمعنى المعروف. فتحديد معنى العمومية ذاتها يحكمه قانون المصرف باعتباره مسألة تكييف ثانوى لا تخضع لقانون القاضى وإنما للقانون الواجب التطبيق على العلاقة الأصلية ذاتها المتمثلة فى الحساب الجارى. فوق ذلك، فإن هذا القانون هو الذى تتحدد وفقاً له الاستثناءات التى ترد على مبدأ العمومية. فهو الذى يبين لنا ما إذا كان من الممكن سحب شيكات أثناء تشغيل الحساب أم لا، ومدى حق الغير فى رفع الدعوى البوليصة إذا تصرف أحد طرفى الحساب الجارى تصرفاً منطوياً على غش للإضرار بمصالح الطرف الآخر، وإمكانية سريان الفوائد على المبالغ المقيدة بالحساب الجارى.

هذا ولقد ذكرنا غير مرة أن كل مدفوع يتم قيده فى الحساب الجارى يفترض وجود عملية أصلية تتم بين الطرفين، وقلنا إن القانون الذى يحكم الحساب الجارى شئ والقانون الذى يحكم كل عملية من هذه العمليات شئ آخر. إذا كان الحال كذلك، فهل يمكن للقانون الذى يحكم الحساب الجارى أن يمس أو يتعدى على القانون الذى يحكم العملية التى تم قيدها فى هذا الحساب؟ لنفترض أن الالتزام الذى تم قيده له سبب غير مشروع من وجهة نظر القانون الذى يحكمه، فهل ينجو هذا الالتزام من البطلان لمجرد قيده فى حساب جار متى كان

(١) فى هذا المعنى، Gavalda، المرجع السابق، فقرة ٥٥.

قانون البنك الذي يحكم هذا الحساب يعتبر هذه العملية صحيحة من وجهة نظره؟ هذا ما لا يمكن تصوره. فليس لقانون البنك - في مثل هذا الفرض - أن يتناول على القانون الذي يحكم العملية التي تم قيدها في الحساب^(١).

ولنا أن نتساءل: هل صحيح ما يقول به البعض^(٢) من أن استقلال القانون الذي يحكم الحساب الجارى عن القانون الذي يحكم العمليات التي تم تسجيلها في هذا الحساب يقيد منه حالة ما يكون الحساب الجارى تابعاً لاتفاق آخر، مثل عقد فتح الاعتماد في البنك، بما يترتب عليه أن يخضع الحساب الجارى لذات القانون الذي يحكم العقد الأساسي، أى عقد فتح الاعتماد؟

هذا ما لا نعتقه. صحيح أن هذا الرأي سليم في النتيجة التي سطرها - في المثال المعروض - وهي خضوع كل من عقد فتح الاعتماد وعقد الحساب الجارى لقانون البنك الذي قام بالعمليتين معاً. غير أن مسلكه في تأسيس الحل الذي قال به هو المعيب. فتطبيق قانون البنك في الحالتين ليس سببه وجود استثناء على المبدأ المتقدم كما يزعم صاحب هذا الرأي، وإنما مرده تطابق عناصر التركيز في العقدين تطابقاً تمّ توطين العلاقاتين معه في قانون واحد وهو قانون البنك فاتح الاعتماد والذي به الحساب الجارى^(٣). هذا التوطين أو التركيز للعلاقاتين تأتي من كون المدين في العقدين هو صاحب الأداء المميز.

ب - نهاية الحساب الجارى (قفله وتقادمه وغيرهما):

من المسائل التي يحكمها قانون البنك أيضاً قفل الحساب الجارى. فوفق هذا القانون تتحدد أسباب القفل وحالات القفل أو القطع المؤقت للحساب^(٤). وعلى ذلك فإن إفلاس أحد طرفي الحساب أو الحجر عليه أو إعساره أو إفلاسه

(١) من هذا الرأي، Rabinovitch، عقد الحساب الجارى، المرجع السابق، فقرة ٢٩،

Stoufflet، البنك وعمليات البنوك في القانون الدولي فقرة ٧٩.

(٢) Rabinovitch، المرجع السابق، فقرة ٥.

(٣) في هذا المعنى، Stoufflet، المرجع السابق، فقرة ٨٠.

(٤) استئناف باريس في ١٢ أبريل ١٩٣٨، clunet، ١٩٣٨، ٧٥٩.

من الأمور التي تستتبع قفل الحساب الجارى^(١). وهناك أسباب أخرى تعرض في نطاق العلاقات الدولية من شأنها أن تحول دون استمرار الحساب وتؤدي من ثم إلى قفله، من ذلك الحظر الذي تفرضه الدولة المفتوح فيها الحساب في وقت الحرب بمنع التعامل التجارى مع العدو^(٢).

لكن ما الحكم فى الفرض حيث يتم الحجر أو الإفلاس بمقتضى حكم أجنبى صادر فى الخارج فى مواجهة بنك آخر هو العميل فى حساب جارى مع بنك فى مصر. فى تقديرنا أنه يمكن أيضاً فى هذه الحالات قفل الحساب الجارى المفتوح فى بنك مصر متى توافرت فى الحكم الأجنبى الشروط التى تمثل الحد الأدنى للاعتراف به ودون حاجة لشموله بالصيغة التنفيذية. وبعبارة أخرى، فإنه يكفى لترتيب هذا الأثر أن يكون الحكم قد صدر عن محكمة مختصة من الوجهة الدولية وفقاً لقواعد الاختصاص المدرجة فى قانون هذه الدولة الأجنبية ومن غير أن تكون المحاكم المصرية مختصة بنظر المنازعة، وأن تكون الإجراءات المتبعة فى إصدار هذا الحكم صحيحة أبلغت للخصم الآخر الذى كلف الحضور ومثل فى الخصومة تمثيلاً صحيحاً وأن يكون الحكم حائزاً لقوة الأمر المقتضى وألا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية وألا يكون فيه ما يخالف النظام العام (م ٢٩٨ مرافعات مصرى). متى توافرت هذه الشروط مجتمعة، ولو لم يكن شرط المعاملة بالممثل متحققاً، أمكن الاعتراف بالحكم وأثره من حيث قفل الحساب. كما نعتقد مع البعض أيضاً أن تأميم البنك الأجنبى الموجود فى الخارج من قبل السلطات الأجنبية والذي يكون داخلاً فى

(١) Rabinocitch، عقد الحساب الجارى، فى لايراديل ونيوييه، سابق الإشارة إليه. فقرة ٣٤ Gavalda. موسوعة القانون الدولى، البنك والمؤسسة المالية، المرجع السابق. فقرة ٥٨.

وأنظر فى القضاء الفرنسى: محكمة السين التجارية، ١٥ يناير ١٩٣٤. المجلة الانتقادية، ١٩٣٥. ص ٤٦٨ مع تعليق Noldt؛ استئناف باريس، ١٥ يولية ١٩٣٦. S. J. (الأسبوع القنونى)، ١٩٣٦، ٢٠٠.

(٢) استئناف باريس، ١٢ أبريل ١٩٣٨ - الحكم السابق ذكره.

حساب جارى مع بنك فى مصر من شأته أن يرتب أثره من حيث قفل هذا الحساب^(١).

وبالمثل فإن قانون البنك هو الذى يحكم الالتزام برد الرصيد. وفى حالة وفاة المستفيد من الحساب فإن القانون الذى يحكم الإرث، وهو قانون جنسية المتوفى، هو الذى يبين لنا من هم الورثة الذين لهم الحق فى الرصيد^(٢).

يبقى أن نتساءل عن القانون الذى يحكم تقادم دين الرصيد الناتج عن قفل الحساب؟ نعتقد أيضاً أنه يجب تطبيق قانون البنك. فآلية عمل هذا الحساب تحتم ذلك. فالدين الذى أسفر عنه الرصيد النهائى عند قفل الحساب هو محصلة نهائية لجملة من المدفوعات تشابكت وانصهرت فى بوتقة الحساب حين دخلته فى شكل قيود. ومن الاستحالة - والحالة كذلك - ربط هذا الدين (الناتج عن الرصيد) بمصدر نشونه عقداً كان أم واقعة. ومن هنا فإن تطبيق القاعدة القائلة بإخضاع التقادم للقانون الذى يحكم الالتزام ذاته لا يتصور - فى ظل آليات عمل الحساب الجارى وفنيته - إعماله هنا^(٣). إذن قانون البنك، بوصفه القانون الذى يتم فيه فتح الحساب هو الذى يجب تطبيقه.

مما تقدم يبدو فى جلاء تحت نظر الباحث أن آلية عمل الحساب الجارى ووظيفته الاقتصادية تحول دون إعمال الحلول أو القواعد العادية المتبعة فى نظرية تنازع القوانين ومن بينها مسألة القانون الذى يحكم التقادم، بما يجعل لقانون البنك قوة جذب هائلة تطوى تحت سلطانه مسائل متعددة ومتنوعة يمكن معها للمعاملات البنكية الدولية وفى طليعتها الحساب الجارى أن تضطلع بالدور القانونى والاقتصادى الذى وجدت من أجله.

(١) Gavalda، المرجع السابق، ٥٩، Rabinovitch، المرجع السابق، فقرة ٣٥ - وانظر فى القضاء الفرنسى، محكمة السين التجارية، ٢٥ يناير ١٩٣٤، الحكم السابق الإشارة إليه.

(٢) Gavalda، المرجع السابق، فقرة ٦٠؛ لوسوران وبريدان، المرجع السابق، فقرة ٦٦٥ ص ٧٣٩.

(٣) فى عكس ذلك، لوسوران وبريدان، فقرة ٦٦٤، ص ٧٣٩.

الفصل الرابع الاعتمادات المصرفية الدولية

تقوم البنوك بدور هام فى عمليات الائتمان وتقديمه. وتتعدد صور الائتمان التى يقدمها البنك لعملائه. فبعضها يتمثل فى تقديم النقود إلى العميل، وبعضها يتمثل فى ضمان العميل لدى الغير، وبعضها يتمثل فى تقديم وسائل فنية ومالية أخرى، كأن يوافق البنك على أن يسحب العميل كمبيالة عليه، أو خصم ورقة تجارية أو غير ذلك من الصور العديدة. ويحوى هذا الفصل مبحثين، نخصص الأول منهما لدراسة بعض صور الاعتمادات المصرفية الدولية بينما نكرس الثانى لدراسة الاعتماد المستندى والقانون الواجب التطبيق عليه.

المبحث الأول بعض صور الاعتمادات المصرفية الدولية

نتصدى فى هذا المبحث لدراسة عدة عمليات يقوم بها البنك خدمة لعملائه، وهى عمليات الفرض فيها أنها تثير تنازعا بين القوانين. وندرس من هذه العمليات القرض المصرفى الدولى (المطلب الأول)، وعقد الخصم (المطلب الثانى) وعقد تحصيل الديون التجارية (المطلب الثالث) وبطاقات الوفاء والائتمان (المطلب الرابع) والضمان المصرفى (المطلب الخامس) وعقود "الإيروكريدى" (المطلب السادس).

المطلب الأول عقد القرض المصرفى الدولى

الحادث عملا هو أن يحتاج التجار عند ممارستهم لنشاطهم التجارى إلى تمويل المشروعات التى يقومون بها، أو يرغبون فى التوسع فيها. وفى سبيل ذلك عادة ما يلجأون إلى البنوك طلبا للحصول على التمويل اللازم والذى تتعدد صورته ومنها الاقتراض المصرفى: البنك مقرض والتاجر مقترض. أكثر

من ذلك فإن بنكاً قد يحتاج إلى تمويل خارجي من بنك آخر. فيكون هناك أيضاً بنك مقرض وآخر مقترض والعقد المبرم بينهما عقد قرض. ولا شبهة في أن الإقراض هذا هو من وسائل منح الائتمان المصرفي بل ويعتبر أبسط صور الائتمان التي يقدمها البنك للعميل.

والقرض هو عقد يلتزم فيه المقرض بأن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ معين من النقود أو أى شئ آخر على أن يرد إليه المقترض، عند نهاية القرض شيئاً مثله في مقداره ونوعه وصفته (م ٥٣٨ مدنى مصرى). هذا ومن الجائز - كما تقول محكمة النقض المصرية^(١)، - أن يتخذ عقد القرض صوراً أخرى مختلفة غير صورته المألوفة، مثل الخصم وفتح الاعتماد وخطابات الضمان بحسبان أنه يجمع بين كل أولئك جميعاً وصف التسهيلات الائتمانية ويصدق عليها وصف القرض الوارد فى المادة ٥٣٨ من القانون للمدنى.

متى وضح ما تقدم كان علينا أن نبحث عن القانون الذى يحكم عقد القرض المصرفى أولاً موردين على ذلك بعض التحفظات ثانياً، ثم نتصدى لبعض الصور الخاصة للقرض والقانون الذى يحكمها ثالثاً، ونعرض - رابعاً وأخيراً - للحل الذى نرجح العمل به فى مصر.

أولاً: القانون الذى يحكم عقد القرض المصرفى الدولى:

خذ مثلاً مبسطاً على ذلك: قرض قدمه بنك فرنسى لعميل له مصرى متوطن فى مصر ووضعت الأموال تحت تصرف المقترض فى فرع البنك الموجود فى مصر وتم استعمال هذه الأموال المقترضة فى الكويت. واضح فى هذه الصورة إمكانية قيام التزام بين عدة قوانين: القانون الفرنسى قانون البنك المقرض، القانون المصرى بوصفه قانون جنسية وموطن العميل المقترض فوق أنه قانون الدولة التى وضع فيها المال المقترض تحت تصرف هذا الأخير، وأخيراً القانون الكويتى بوصفه قانون محل استعمال المال المقترض.

(١) نقض ٢٠ ديسمبر ١٩٦٩ - رقم ٤١٢ لسنة ٣٥ ق - المحاماة السنة الثانية والخمسون ١٩٧٢ ص ٧٩.

والذى لا شبهة فيه لدينا أن هذه القوانين ترتبط كل منها - بدرجة أو بدرجات - بالعملية القانونية المراد البحث عن القانون الذى يحكمها. ونقرر بداية، ومن غير أن نصادر على المطلوب أن هذه المسألة لم تحسم بعد^(١). فالصنف بشأنها لم تجف والأقلام لم ترفع والجهد فيها متصل والمداد الغزير المسكوب فيها عمره قديم.

٢

وأياً كان الأمر، فإن سؤالنا مرة أخرى: ما هو القانون الذى يحكم عقد القرض المصرفى الدولى؟.

ليس فى الأمر مشكلة فيما لو اختار، الأطراف قانوناً معيناً. عندئذ يكون هذا القانون المختار صراحة، أو بصورة ضمنية مؤكدة هو الواجب التطبيق دون شبهة متى توافرت فيه الأوصاف التى حددناها عند مطلع هذه الدراسة. ويجرى العمل بالنسبة لعقد القرض الدولى على تعيين القانون الواجب التطبيق باختيار قانون المقرض من ناحية والعهدة بالمنازعات التى تتولد إما لقضاء التحكيم وإما لمحاكم الدولة التى يوجد بها مقر البنك المقرض^(٢) من ناحية أخرى.

وإذا كان ما تقدم أمراً غير منكور فإن الصعوبة تبدو فى الفرض حيث يصمت الأطراف عن تعيين القانون الواجب التطبيق. فقد تباينت الآراء فى هذه الحالة نعرضها محددين الحل الذى نرجحه.

أ- الآراء المرجوحة:

اختلفت الحلول المقترحة فى الفقه والقضاء. فهناك من قال - أولاً -

(١) أنظر فى هذا المعنى أيضاً Freymond، فى Questions de droit bancaire international دروس لاهى، ١٩٧٠ ص ٢٩.

(٢) V. Van Heicke, credits bancaires internationaux et conflit de lois, D. P. cil, 1977, p. 497; Stoufflet, J. cl. Banque et credit, Fasc 120, V. Banque et operation. Op. cit., No 85; Freymond, Questions de droit bancaire international, Rec. cours la Haye 1970, op. cit., p. 29; Kegel, les operations de banque en droit international privé allemand. Annals de la Faculte de droit Clermont - Ferrand. 1965. op. cit., p. 186 et les références citées.

بتطبيق قانون محل إبرام القرض^(١)، وهناك من رأى - ثانياً - فى قانون محل التنفيذ مركز الثقل وموضع الأداءات الجوهرية والمحورية فى العملية^(٢). وهناك من رأى - ثالثاً - تطبيق قانون الدولة التى يتحقق فيها القرض lieu de realisation^(٣) وإن كان قد وقع الاختلاف فى القضاء بشأن تفسير المقصود بهذا المكان الأخير: فثمة من قدر أنه قانون المكان الذى توضع فيه الأموال تحت تصرف المقرض^(٤)، وهناك من رأى أنه قانون محل استرداد الوديعة^(٥) حملاً تارة على أساس أنه مكان الالتزام بالرد من قبل المقرض، وتارة أخرى على أساس أنه القانون الذى غالباً ما تنصرف إليه نية المتعاقدين وهناك من قال بتطبيق قانون موطن المقرض حيناً^(٦)، ومن فضل أعمال قانون موطن

(١) V. Hamel, Banques et operations de banque, tome II, p. 410.

(٢) راجع فى أحكام القضاء وآراء الفقهاء التى عولت على هذا الاتجاه، باتيفول للقوانين فى العقود، سابق الإشارة إليه، فقرة ٢٢٩، ص ٢٠٣، وما بعدها.

(٣) فى تحديد المقصود بمكان تحقق القرض أحكام القضاء التى أخذت بهذا الحل، باتيفول فى تنازع القوانين فى العقود، المرجع السابق، فقرة ٢٣٧ ص ٢١١ - ٢١٢.

(٤) انظر فى أحكام القضاء وتطورها فى هذا الاتجاه والمذكورة عند Batiffol. تنازع القوانين فى مسائل العقود ص ٢١١ - ٢١٢.

(٥) ويحظى الراى القائل بتطبيق قانون محل استرداد الوديعة ولو كان المقرض بنكا بتأييد جانب لا يستهان به فى الفقه الفرنسى.

Batiffol, les conflits de lois en matière de contrats, op. cit., No 223, p. 198 ets. No 238, P. 212 ets. et No 239, P. 214; loussouarn et Bredin, op. cit., No 666, P. 740; R. Dayant J. cl. Dr. int., Fasc. 552 F, No 55 ets; Gavalda, Rep. dr. int. N. 66.

كما كان يأخذ بهذا الاتجاه الأستاذ Stoufflet، اقرأ مقاله بعنوان فتح الاعتماد المصرفى فى القانون الدولى الخاص، clunet، سابق الإشارة فقرة ٨ ص ٥٨٦، وقرأ أنه مقالة بعنوان تنازع القوانين فى مسائل الاعتمادات المصرفية، فى أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص، جلسة ١٩ مايو ١٩٦٧، سابق الإشارة إليه، ص ٩٤ - ٩٥. وقد عدل عن هذا الراى منضمماً إلى الراى الراجح الآن الذى يطبق قانون البنك على عقد القرض المصرفى الدولى. اقرأ رايه هذا فى مقاله بعنوان: البنك وعمليات البنوك فى القانون الدولى، J. Cl. Banque et credit, Fasc. 120. سابق الإشارة إليه، فقرة ٨٦ وما بعدها.

(٦) وقد اخذ القضاء الألمانى بقانون موطن المقرض تارة وقانون موطن المقرض تارة أخرى. اقرأ مقال الأستاذ Kegeel، العمليات المصرفية فى القانون الدولى الخاص الألمانى. سابق الإشارة إليه، ص ١٨٦ - ١٨٧ وأحكام القضاء المشار إليه عنده.

المقترض أحياناً. وكل صاحب رأى من هؤلاء يعتقد أن القانون الذى يدعو إلى إعماله والأخذ به هو الأقرب إلى العلاقة والأكثر اتصالاً بها ومن ثم يمكن تركيز العقد فى رحابه^(١).

ب - الرأى الراجح وأسائده:

ومن جانبنا نرى أن القرض المصرفى الدولى يحكمه قانون البنك اللهم إلا إذا اتفق الطرفان على تطبيق قانون آخر على اتصال بالعقد بالمعنى الذى حددناه.

والواقع أن قانون البنك يجد مبرر تطبيقه فى عدة أسائده. ففى هذا المكان يمارس البنك نشاطه^(٢) متأثراً بالعادات والأعراف المصرفية السائدة، ويخضع للقوانين الأمرة بالمعتبرة من القوانين ذات التطبيق الضرورى التى تنظم عمليات الائتمان المصرفى^(٣). كما أن الأداء الذى يقوم به البنك متمثلاً فى نقل ملكية النقود إلى المقترض يعد هو الأداء المميز والمحورى فى العملية برمتها^(٤). ولا شبهة فى أن المقترض يكون ملزماً برد مقدار من النقود يعادل ما اقترض (م ٥٣٨ مدنى مصرى) وكذلك يكون عليه أن يدفع الفائدة، إلا أن التزامه بالرد لا يعدو أن يكون أثراً مترتباً على منح الائتمان الذى يظهر بوصفه

(١) اقرأ فى عرض هذه الاتجاهات وتقديرها، الدكتور خالد الترجمان، رسالة. سابق الإشارة إليه، ص ٣٤٦ وما بعدها.

(٢) Stoufflet, J. cl Banque et credit, Fasc 120. Vo Opération de Banque. op cit . No 86 Freymond, Cours la Haye. 1970. op. cit.. Van Hecke, problèmes juridiques des emprunts interantionaux. 2e ed., 1962. P. 69; Kegel, les operations de banque en droit international privé. op. cit.. P. 186; Rabel, the conflict of laws, tome III. P. 10

وأنظر فى القضاء الفرنسى، محكمة أكس أن بروفانس فى ٨ مارس ١٩٦٥. دالوز ١٩٦٥، ص ٥٩٣ مع تعليق الأستاذ Ghanassia، وأنظر فى الفقه المصرى فى تاييد هذا الاتحاد، الدكتور احمد عبد الكريم سلامة، تنازع القوانين فى مسائل القروض الدولية، رسالة دكتوراه، باريس ١٩٨١، فقرة ٣٣٧ وما بعدها ص ٢٩٢ وما بعدها.

(٣) فى هذا المعنى Stoufflet، فى J. cl. Banque et credit Fasc. 120، المرجع السابق، فقر ٩١.

(٤) Freymond، المرجع السابق، فقرة ٣٠، Jekel، المرجع السابق، ص ١٨٦.

المبرر الاقتصادي لهذه العلاقة القانونية^(١).

فوق ذلك، فإن البنك هو الذى يوجد فى وضع اقتصادى متميز يمكنه من فرض شروطه - دون تعسف - على الطرف الآخر. ويعضد هذا الاعتبار أن البنك يمارس نشاطه على سبيل الاحتراف ويبدو من واقع مهنته ومركزه الاقتصادى أنه صاحب اليد الأعلى.

كما أن هناك اعتباراً اقتصادياً لا يمكن إغفاله يجعل الباحث أميل إلى تطبيق قانون البنك: إن البنك لا يُقدم قرضاً لكل من يتقدم طالباً منه الاقتراض، وإنما لايد وأن يتأكد من صحة مركز العميل المالى. وفى سبيل ذلك يجمع المعلومات المتعلقة بمنشأة المقرض، ويتحرى بدقة عن الغرض من الاقتراض، ويتأكد من أن المقرض لم يبلغ حد التشبع الائتمانى، ومعرفة معدل التدفق النقدى فى المنشأة وحجم أرباحيتها والعائد المتوقع من الاستثمار^(٢). هذا الواقع الاقتصادى لا يتأتى للبنك أن يقف عليه بجديّة، لها انعكاساتها على التنظيم القانونى فى نهاية المطاف، إلا إذا وقف - من بين ما يقف عليه - على حكم القانون الذى تعمل فى ظله كل هذه العوامل. وبعبارة أخرى، فإن تطبيق قانون البنك يبدو هنا بوصفه أمراً لازماً لقيام القرض بالوظيفة الاقتصادية التى يؤديها فى المجتمع.

ويلتحم بالاعتبار السابق اعتبار آخر ذو طبيعة اقتصادية يبرر تطبيق قانون البنك: من مصلحة البنك والعمل معاً أن يكون معروفاً سلفاً القانون الذى يحكم الائتمان المتمثل فى القرض. فإن غم على البنك واستعصى عليه، قبل

(١) Freymond، المرجع السابق، ص ٣٠ على أننا لا نقر ما يذهب إليه البعض من ان الهيمنة التى يتمتع بها البنك فى عقد القرض تجعل من العقد عقد إذعان وهو ما يبرر تطبيق قانون البنك بهذه الصفة. من هذا الرأى Van Hiecke، مؤلفه السابق الإشارة إليه ص ٦٩، وفى مصر الدكتور خالد الترجمان، المرجع السابق، ص ٣٦٩، فعقد القرض المصرفى يخضع للتفاوض ولا يتمتع فيه البنك المقرض باحتكار مطلق للأعمال التى يؤديها.

(٢) اقرأ فى الضوابط التى يتبعها البنك عند منحه للقرض، الدكتور هانى دويدار، العقود التجارية وعمليات البنوك، ١٩٩٢، ص ٢٥٠ وما بعدها.

الإقدام على منح القرض ذي الطبيعة الدولية، أن يعرف مضمون القانون الذي يحكم هذه العملية، فإن ذلك قد يحدو به إلى سلوك أحد أمرين: أن يتردد في إبرام عقد القرض، أو أن يقدم عليه مع فرض شروط تأخذ في الحسبان ليس وحسب المخاطر الاقتصادية، وإنما أيضاً المخاطر القانونية. وفي النهاية، فإن الذي يجد نفسه متقلاً بالتزامات إضافية هو المقرض^(١).

ثانياً - ملاحظات على القانون الذي يحكم عقد القرض المصرفي:

إن قانون الدولة التي يوجد بها البنك أو الفرع الذي يقدم القرض هو الواجب التطبيق على عقد القرض المصرفي ذي الطبيعة الدولية. ومتى انجلى في الذهن هذا المعنى تعين علينا، حتى تستوى المسائل على كمالها، أن نبرز النقاط الآتية:

أ- إذا انعقد القرض بين بنكين، أحدهما مقرض والآخر مقرض فإن وجه الحل لا يتغير، ومن ثم يخضع العقد لقانون البنك المقرض بوصفه صاحب الأداء المميز في العملية ويأخذ البنك المقرض مركز العميل العادي^(٢). ومن هذا المنظور نرفض ما يقول البعض بأنه إذا تعلق الأمر بعقد قرض ميرم بين طرفين محترفين - كأن يقترض بنك من بنك آخر أو من مجموعة بنوك فإنه من "الضروري" (?) تطبيق ذات الحل المأخوذ به في حالة القروض المبرمة بين أفراد عاديين^(٣). وهذا الحل - كما يراه صاحب هذا الرأي - ينحصر في الآتي: "إذا كان محل الاسترداد قد تحدد صراحة، فإنه على ما يبدو من الممكن تركيز العقد في هذا المحل، وذلك على أساس أن الأطراف قد أرادوا إنجاز الأداء المميز للعقد في هذا المكان، والذي من الممكن أن يتحدد فيه مركز ثقل الرابطة العقدية. أما إذا لم يكن الأطراف قد حددوا صراحة محل الاسترداد وإنما تم الوصول إليه بالاستعانة بالإرادة الضمنية أو ما يسمى بالإرادة

(١) في هذا المعنى Freymond، دروس لاهاي، المرجع السابق، ص ٣١.

(٢) Freymond، المرجع السابق، ص ٣١؛ Kegel، سابق الإشارة إليه، ص ١٨٧ والمراجع المشار إليها فيه هامش (٤١).

(٣) الدكتور خالد الترجمان، رسا، المرجع السابق ص ٣٧٠.

المفترضة للمتعاقدين، ففي هذه الحالة لا يمكن أن نضفي على محل الاسترداد نفس الأهمية، ووجب اللجوء إلى معايير أخرى، فمن الممكن تركيز العقد في هذه الحالة في محل تسليم الأموال المفترضة على أساس أنه أفضل من محل الإبرام الذي يثير كثيراً من الصعاب المعروفة...^(١).

والحق أن هذا الرأي لا يبرأ من النقد في نظرنا. فهو يتكلم عن إمكانية التركيز في محل الاسترداد إن جئ على ذكره صراحة، فإن لم يذكر هذا المحل وجب التركيز عنده في محل تسليم الأموال المفترضة. والكلام عن التركيز في الحالتين جاء مرسلأ لا يعتمد على أى تحليل قانونى واقتصادى للعملية ومن ثم جاء بلا سند ولا يجوز اعتماده. ثم إن هذا الرأي يتجاهل الاعتبارات القانونية والاقتصادية التى تسند تطبيق قانون البنك.

زد على ذلك - وهذه حجة حاسمة - ليس لهذا الرأى سند قانونى يسنده على الأقل فى القانون المصرى: فهو يتكلم عن الإرادة المفترضة لتطبيق قانون محل التسليم، والمشرع المصرى لم يأخذ بما يُسمى بالإرادة المفترضة فى مادة العقود على إطلاقها. ولم يَقم صاحب الرأى الدليل على أن هذا الرأى يمثل الحل السائد فى القانون المقارن حتى يمكن أن نجد فى المادة ٢٤ مدنى مصرى سنداً له.

إلى ذلك فإن هذا الرأى يتناقض مع ما هو سائد فى الفقه والقضاء المقارن وما نأخذ به صراحة اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ كما سنرى. وأخيراً فإنه إذا استقام الأخذ بمعيار محل الاسترداد فى القروض التى تتم بين الأفراد العاديين فإنه لا ينبغي أن يقاس على ذلك القرض حيث تكون العلاقة بين بنكين. فإذا كان صحيحاً أن البنكين محترفان إلا أن الذى لا شك فيه - عند التحليل - أن أحدهما يتصرف بوصفه مقرضاً والآخر مقترضاً ويتأتى التفضيل أو التمايز بينهما، لا بالنظر إلى صفتيهما، فكلاهما بنك محترف، ولكن بالنظر إلى

(١) الدكتور خالد الترجمان، رسالة، المرجع السابق، ص ٣٦٨ - ٣٦٩.

موضوع العقد إذ يظهر البنك المقرض بوصفه صاحب الأداء الفذ والمحورى
فى العلاقة^(١).

ب- إن قانون البنك المقرض يكون واجب التطبيق على القرض
المصرفى الدولى بحسبان أن ما يؤديه يمثل الأداء الفذ والجوهرى فى العملية
من الوجهتين القانونية والاقتصادية كما ذكرنا، وينطبق هذا الحل سواء كان
المقرض شخصاً عادياً أم بنكاً محترفاً دون اقتضاء أى شرط.

ومن هذا المنظور لا يصح عندنا ما يقول به البعض من أنه إذا كان
المقرض بنكاً والمقرض شخصاً عادياً من أحاد الناس فإن قانون البنك يكون
هو الواجب التطبيق - بوصفه قانون موطن المقرض - "بشرط ألا يكون محل
الاسترداد قد تحدد صراحة فى العقد، وذلك بالنظر إلى دور المقرض البارز
والرئيسى فى إعداد العقد"^(٢).

والحق أنه متى كان المقرض بنكاً طبق قانون دولة البنك، ولا يتصور
عندئذ أن يكون لذكر محل الاسترداد دلالة فى خصوص تحديد القانون الواجب
التطبيق فى هذا الفرض بدليل أنه لو كان الطرفان - البنك والعميل أياً كان -
يريدان تطبيق قانون محل الاسترداد ما وجد البنك فى تحديد ذلك صراحة أية
صعوبة خاصة إذا أدركنا أن هذا البنك يبدو فى العلاقة بوصفه صاحب هيمنة
حدث بصاحب هذا الرأى نفسه إلى حد القول - وهو ما ليس بصحيح - أن عقد
القرض فى مثل هذه الصورة يعد من عقود الإذعان.

(١) فى ذات المعنى، Kegel، سابق الإشارة إليه، ص ١٨٧.
(٢) الدكتور خالد الترجمان، رسالة ١٩٨٨، المرجع السابق، ص ٣٧٠ وهو يشير فى
تدعيم هذا الرأى إلى الأستاذ Kegel فى مقاله السابق الذكر ص ١٨٦. والحق أن
الأستاذ Kegel لم يقل شيئاً من هذا ولم يعلق تطبيق قانون البنك على أى شرط ورأيه
قاطع لا يحتمل اللبس: تطبيق قانون البنك إذا كان المقرض شخصاً عادياً أو بنكاً حيث
يشغل هذا الأخير مركز العميل عند ذلك. اقرأ عنده فى مقاله سابق الذكر ص ١٨٦،
١٨٧.

ج - إذا نص في عقد القرض المصرفي الدولي على اشتراط الوفاء بعملة معينة - الدولار الأمريكي أو الفرنك الفرنسي مثلاً - فإن ذلك لا يعنى بذاته رغبة الأطراف فى تركيز عقدهم فى قانون دولة هذه العملة. فاختيار عملة معينة يتم بها الوفاء بالاعتماد أو الائتمان يودى إلى وجود عملية تداول دولية للعملة، وهو اختيار مبعثه اعتبارات مرتبطة بالثقة إلى العملة المختارة ذاتها ليس أكثر^(١). "فالأطراف يخضعون للتشريع النقدي الذى يحدد نظام العملة المختارة. ويطبق ذلك التشريع على عقدهم بصفته "قانون النقود" lex pecuniae. أما التشريع العاجم لهذه الدولة فليست له صفة خاصة لكى يحكم الرابطة العقدية نفسها. ففى كثير من الأحيان يشترط فى عقد القرض أن يتم استرداد مبلغ القرض بعملات مختلفة حسب اختيار المقرض، ومن الصعب إذن القول أن الأطراف قد أرادوا بذلك أن يعلقوا على اختيار المقرض لهذه العملة أو هذه العملات تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد. وقد يكون من المقبول القول إن العملة تعتبر أحد الدلالات التى تشير إلى تركيز العقد، ولكنها ليست الدلالة الوحيدة. فمن الممكن أن يكون لها دور ثانوى بمساندة دلائل أخرى. ولكنه من غير الممكن أن نجعل منها ضابطاً للإنسناد كافياً فى حد ذاته لتركييز العقد"^(٢).

د- إن عوامل التركيز القانوني والاقتصادي التى تبدو حاسمة بالنسبة لنا للقول بتطبيق قانون البنك تفوق بكثير - فى القرض حيث يكون المقرض مصرفاً - عناصر الارتباط التى تربط العقد بمكان الاسترداد. ومن هذا المنظور نقرر أنه وإن كان مقبولاً لدينا تطبيق قانون مكان الاسترداد - متى كان مذكوراً فى العقد ولم يحدد الأطراف قانوناً آخر للانطباق - بخصوص عقد القرض الدولي الذى يتم بين الأطراف العاديين، إلا أن هذا المعيار تبهت أهميته

(١) Stoufflet فى J. cl. Banque et credit. Fasc 120، المرجع السابق، فقرة ٨٥، Van Hecke، المرجع السابق ص ١٧٨.

(٢) الدكتور خالد الترجمان، رسالة، المرجع السابق ص ٣٦٠ - ٣٦١.

إذا كان المقرض بنكاً محترفاً يقوم بالعمل بمقتضى نشاطه المهني^(١).

هـ - الواقع من الأمر أنه في معظم الحالات يتم استعمال الأموال المقرضة في داخل إقليم الدولة التي يوجد بها البنك المقرض. عند ذلك فإن أعمال قانون البنك يعضده ويقويه هذا العنصر الإضافي من عناصر التركيز. وإن كان ما تقدم هو الوضع الغالب إلا أن ذلك لا يحول دون تصور إمكانية الفصل بين المسألتين فيمنح القرض من قبل بنك أجنبي موجود في الخارج ويتم استعمال الأموال في مصر والعكس صحيح، فهل يمكن في مثل هذه الحالة التعويل على قانون محل استعمال أموال القرض قولا بأن عناصر التركيز الاقتصادية للعقد تتم في هذا المكان؟.

نعتقد أنه، وعلى الرغم من أن تطبيق قانون محل استعمال أموال القرض قد قالت به بعض أحكام القضاء في فرنسا، إلا أنه لا يمكن الدفاع عن هذا الضابط متى لم يتم اختياره صراحة من قبل البنك المقرض والعميل المقرض. فقد يحدث ألا يذكر في العقد مكان استعمال هذه الأموال. ثم إنه حتى على فرض ذكر هذا المكان في العقد فليس لذكره دلالة تركيزية من حيث اختيار القانون الواجب التطبيق^(٢). إذ عادة ما يتم ذكر مكان استعمال هذه الأموال في القرض عندما يكون المراد تمويل مشروع موجود في الخارج أو بقصد إنشاء صناعة جديدة أو التوسع فيها على إقليم دولة أجنبية. فوق ذلك، فإنه إذا جئ على ذكر هذا المكان في عقد القرض فإنما يكون ذلك بالأحرى بقصد تمكين البنك من مراقبة استخدام القرض في الغرض الذي خصص له، وهو الشرط الذي عادة ما يحتفظ به البنك لنفسه للتأكد من قدرة العميل على رد أصل القرض، والوفاء بالفائدة المتفق عليها.

على ضوء ذلك نقرر أن قانون البنك المقرض يكون هو الواجب التطبيق على عقد القرض المصرفي الدولي الذي يقدمه البنك للعميل المقرض

(١) Stoufflet، المرجع السابق، فقرة ٨٧.

(٢) Stoufflet، البنك وعمليات البنوك في القانون الدولي، المرجع السابق، فقرة ٨٤.

حتى ولو تم نقل الأموال محل القرض إلى الخارج، بمقتضى هذا العقد، كما ينطبق قانون البنك سواء اتخذ عقد القرض المصرفي الدولي صورة تقديم مبلغ من المال من المقرض إلى المقرض أو صورة فتح اعتماد للعميل في البنك وذلك عندما يضع البنك تحت تصرف العميل مبلغاً حده الأقصى هو الاعتماد المفتوح^(١). وبالمثل فإن هذا القانون هو الذي يجب إعماله إذا أخذت التسهيلات الائتمانية شكل الخصم أو خطاب الضمان^(٢).

ومتى سلمنا بتطبيق قانون البنك على هذه العملية المصرفية، فإن هذا القانون هو الذي يحكم مختلف جوانب العلاقات بين البنك والعميل^(٣). فهذا القانون هو المرجع لتفسير عبارات عقد الاعتماد المتعلق بهذه العملية الدولية، وهو الذي يتحدد بمقتضاه شروط تكوين العقد وشروط صحته عدا الأهلية، والمقابل الذي يحصل عليه البنك المقرض وبصفة خاصة الفوائد المتفق عليها والقواعد التي تحكم تنفيذ العقد والمسئولية المترتبة على عدم التنفيذ فيما لو رفض البنك مثلاً تسليم المال محل القرض أو أنهى العقد بطريقة تعسفية أو تقاعس العميل عن تقديم المعلومات المطلوب إليه تقديمها. كما يخضع لقانون البنك أسباب انقضاء العقد وكيفية هذا الانقضاء والحالات التي يمكن فيها فسخ الاعتماد.

(١) وقد حكم بأن فتح اعتماد مدين بمبلغ معين لأحد عملاء البنك معناه نقل ملكية المبلغ المفتوح به الاعتماد من البنك إلى العميل ووضع المبلغ تحت يد الأخير بتصرف فيه كيف شاء دون أن يكون للبنك حق الاعتراض على هذا التصرف، ففتح الاعتماد يكون بمثابة إيداع للمبلغ المفتوح به الاعتماد. راجع هذا القضاء مشاراً إليه عند الدكتور على جمال الدين عوض، عمليات ١٩٨٩، ص ٥٤١، هامش (١).

(٢) وأنظر في الصور المختلفة لعقد القرض، الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - العقود التي تقع على الملكية - المجلد الثاني في الهيئة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، دار إحياء التراث العربي، بيروت - بقرة ٢٨٠ ص ٤٣٥ - ٤٣٦. ويلاحظ بالنسبة للخصم أن انطباق قانون البنك لا يحول دون تدخل القانون الذي يحكم الالتزام المصرفي كما سنرى.

Freymond, op. cit., P. 31; Stoufflet, clunet 1966, op. cit., P. 587, J. cl. Op. (٣) cit., No 89. Banque et credit, Fasc. 120, op. cit., No 89.

ثالثاً: صورة خاصة لاستخدام القرض المصرفي والقانون الذي يحكمها:

الأصل في القرض أنه متى استغرق العميل المقرض مبلغ القرض المتفق عليه مع البنك، فإنه يكون قد استنفذ حقه ويكون البنك قد وفى بالتزامه. ومع ذلك قد يتفق الطرفان على تجدد الاعتماد، بمعنى أن يكون للمقرض أن يرد بها اقترضه كله أو بعضاً منه على أن يكون له متى شاء - خلال فترة محددة - أن يعود طالباً إياه من البنك المقرض. على أن هذه الصورة يعوزها دائماً لتحقيقها اتفاق خاص بين طرفي عقد القرض. وقد يكون بين الطرفين حساب جار مفتوح قبل تنفيذ القرض فيدخل القرض في هذا الحساب الجارى. وبدخوله فإنه يتجدد لمصلحة المقرض، بمعنى أن يكون له أن يسحب من المبلغ الإجمالى للقرض ما يشاء وأن يرد ما يشاء، ثم يعود فيسحبه. "وهكذا على ألا يجاوز مقدار رصيده المدين في أى لحظة المبلغ الإجمالى للقرض. ويعبر في لغة البنك عن الرصيد هنا بلفظة "المكشوف". والسبب في تجدد الاعتماد بالقرض متى فتح له حساب جار أن العميل عندما يرد مبلغاً في الحساب ويقبده في جانبه الدائن لا يقوم بعملية وفاء"^(١). إذ القيود في الحساب لا تعتبر وفاء ولا استيفاء.

وفي هذه الصورة يلاحظ الأتى: أولاً يخضع الحساب الجارى لقانون البنك لجملة الأسباب التي ذكرناها. ثانياً يخضع الاعتماد المقدم في صورة القرض "المكشوف" لقانون البنك أيضاً بوصفه قانون دولة البنك المفتوح فيه الاعتماد. ولا غرابة في هذا. فالاعتماد المقدم في صورة قرض في هذه الحالة يظهر في شكل الرصيد في الحساب الجارى. ثالثاً أن وجه المشكلة يتبدى في الفرض حيث يتفق الطرفان - البنك والعميل - على إخضاع الاعتماد لقانون معين آخر غير قانون البنك. في هذه الحالة يكون هذا القانون المتفق عليه هو الواجب التطبيق ولكن في نطاق محدد. فهذا القانون يحكم شروط فتح الاعتماد

(١) الدكتور على جمال الدين عوض، عمليات البنوك، المرجع السابق، فقرة ٥٩:٧٠ ص ٥٤٤ - ٥٤٥.

والمسئولية المترتبة على عدم فتح هذا الحساب. لكن تنفيذ العقد يمتزج مع تشغيل الحساب الجارى ومن ثم يحكمه القانون الذى يحكم الحساب الجارى^(١).

رابعاً - العمل الذى نرجح العمل به فى القانون المصرى:

وإذا سلمنا بأن القانون الذى يحكم القرض المصرفى الدولى هو قانون البنك المقرض، فما حظ هذا الاتجاه فى القانون المقارن وما هو الحل الذى نرى الأخذ به فى القانون المصرى؟.

إن هذا الحل هو الذى يؤمن به الفقه الراجح^(٢)، وبه أخذ القضاء فى كثير من الدول^(٣) وقتنته صراحة كثير من التشريعات الحديثة،

(١) Freymond، دورس لاهائى، المرجع السابق، ص ٣٢، Stoufflet، فتح الاعتماد المصرفى فى القانون الدولى الخاص، clunet، ١٩٦٦ المرجع السابق، فقرة ١٢، ص ٥٨٨ حيث يقول:

Il convient, en effet, de se demander si l'utilisation de certaines techniques, soit pour la realisation, soit la garantie du credit n'exerce pas d'influence sur le rattachement de l'opération.

Dans un cas, La technique utilisée confère à la loi de la banque un titre supplémentaire. Il s'agit de l'hypothèse du credit en compte courant. Le compte - courant est soumis à la loi de l'établissement bancaire et le credit empruntant la forme d'un découvert en compte ne surait pratiquement être régi par une loi différente. La clause du contrat de credit qui désignerait une autre loi serait évidemment valable, mais n'aurait q'une portée forte restreinte. Elle régirait les conditions de l'ouverture du credit et la responsabilité resultant du défaut d'ouverture. Mais l'exécution du contrat se confondant avec le fonctionnement du compte. C'est nécessairement la loi de dernier qui s'y appliqué.

(٢) Stoufflet فى J. cl Banque et credit. Fasc. 120، المرجع السابق، فقرة ٨٦؛ Freymond، دورس لاهائى، المرجع السابق، ص ٣٠، Rabel فى تنازع القوانين، الجزء الثالث صفحة ١٠، Van Hecke، المشاكل القانونية للقروض الدولية، الطبعة الثانية، المرجع السابق، ص ٦٩؛ Kegel، عمليات البنوك فى القانون الدولى الخاص الألمانى، ص ١٨٦ - ١٨٧.

(٣) أنظر فى القضاء الفرنسى: محكمة Aix - en - provence التجارية، ٨ مارس ١٩٦٥، دالوز ١٩٦٥، ج، ٥٩٣ تطبيق Ghanassia، وقد أصبح هذا الحل واجب التطبيق وفق اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠.

وفى القضاء الألمانى أنظر أحكام القضاء المشار إليها عند Kegel، العمليات البنكية فى القانون الدولى الخاص الألمانى، المرجع السابق، ص ١٨٧ والهوامش المشار إليها فيه.

وفى القضاء السويسرى اقرأ فى عرض هذا القضاء وتفصيلاته: =

والألماني^(١) والسويسري^(٢) والنمساوي^(٣) والمجري^(٤) واليوغسلافي^(٥)، كما
قننته اتفاقية روما الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات

=Adolf F. Schnitzer, les contrats en droit international privé Suisse. Cours la
Haye 1968. I, 123, P. 543 etss. V. P. 566 ets.

(١) المادة ٢٨. في فقرتها الأولى والثانية من القانون الألماني الجديد والمعمول به من ٢٥
يولية ١٩٨٦ (المجلة الانتقادية ١٩٨٧ - العدد الأول ص ١٧٠ وما بعدها) والتي
يجرى حكمها على أنه إذا لم يتم اختيار القانون الواجب التطبيق وفقاً لنص المادة ٢٧،
فإن العقد يحكمه قانون الدولة الأوثق صلة بالعلاقة. (م ١/٢٨). ويفترض أن العقد قد
استجمع هذه الروابط في الدولة التي يوجد بها - عند إبرام العقد - محل الإقامة المعتد
للشخص الذي يتعين عليه القيام بالأداء المميز، وإذا تعلق الأمر بشركة أو جمعية أو
شخص معنوي فالمعتبر هو المقر الذي يوجد به المركز الرئيسي. ومع ذلك، إذا أبرم
العقد في إطار النشاط المهني لهذا الشخص فإن الدولة (التي يتحقق فيها الأداء
المميز) هي تلك التي يوجد بها المقر الرئيسي للبنك، وإذا كان يتعين القيام بالأداء
المميز، وفق العقد، من جانب مؤسسة أخرى فرعية (فرع للبنك) اعتبر الأداء المميز
قد تم في مقر هذه الأخيرة.

(٢) راجع في ذلك القانون السويسري الجديد الصادر في ١٨ ديسمبر ١٩٨٧ (منشور في
المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص ١٩٨٨ - العدد الثاني - ص ٤٠٩ وما
بعدها)، وفيه تقرر الفقرتان الأولى والثانية من المادة ١٧ الأحكام الآتية:

١- عند عدم اختيار القانون (قانون الإرادة)، فإن العقد يحكمه قانون الدولة الأكثر
اتصالاً بالعلاقة.

٢- وتعتبر هذه الروابط قائمة مع الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتاد للزفر
الذي يتعين عليه القيام بالأداء المميز في العملية. وإذا أبرم العقد في أضر
ممارسة الشخص لنشاطه المهني أو التجاري عد الأداء المميز متحققاً في الدولة
التي يوجد بها مقره.

(٣) اقرأ في ذلك نص المادة ١/٣٨ (المتعلقة بعمليات البنوك و عقود التأمين) من القانون
النمساوي الصادر في ٢٥ يونية ١٩٧٨ والمعمول به من أول يناير ١٩٧٩ والتي
يجرى حكمها على الآتي: العمليات البنكية يحكمها قانون الدولة التي يوجد بها مقر
البنك مانح الإعتماد. وفي الحالة التي تتم فيها العمليات البنكية بين مؤسستين للاعتماد،
فالمعتبر هو قانون المؤسسة التي تتصرف بصفقتها وكيهه L'entreprise mandataire.
(اقرأ نصوص هذا القانون في Revue crit ١٩٧٨ ص ١٧٦ وما بعدها).

(٤) المادة ٢٥ ل من القانون المجري رقم ١٣ لسنة ١٩٧٩ المتعلقة بالقانون الدولي
الخاص والمعمول به بداية من أول يوليو ١٩٧٩ تقرر صراحة حكمها مفاده أن عقد
القرض يحكمه قانون الدولة التي يوجد بها، عند إبرام العقد، مقر المقرض. (راجع
نصوص هذا القانون المنشورة في Rev - crit ١٩٨١ ص ١٦١ وما بعدها).

(٥) القانون اليوغسلافي الصادر في ١٥ يولية ١٩٨٢ والمتعلق بتنزع القوانين والذي
تنص المادة ٩/٢٠ منه على أن عقد القرض يحكمه قانون المكان الذي يوجد به. وقت
تلقى الإيجاب، موضع المقرض أو مقره (في حالة البنك). (اقرأ هذا القانون في Rev
crit، ١٩٨٣، ص ٣٥٣ وما بعدها).

التعاقدية^(١). فهذه الاتفاقية تقرر في الفقرتين الأولى والثانية من المادة الرابعة عدة أحكام: أولها: أن القانون الذي يحكم العقد هو أكثر القوانين صلة بالعملية القانونية، وثانيها أن ثمة قرينة مفادها أن العقد يكون مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بالدولة التي يوجد بها المقر الرئيسي للطرف الذي يجب عليه تقديم الأداء المميز أو المحورى فى العملية. وإذا ما تم هذا الأداء من الفرع التابع لهذا الطرف كان قانون هذا الأخير هو الواجب التطبيق (م ٤ / ٢). هذا الضابط الذى صاغته الاتفاقية فى مادة العقود بهذه الكيفية من شأن إعماله فى مادة القرض المصرفى الدولى المقدم من بنك أو من فرع له أو وكالة تطبيق قانون البنك المقرض.

ما تقدم يجعل الباحث مطمئناً إلى صحة ما يقرره من حكم، فى خصوص القانون الواجب التطبيق على القرض المصرفى الدولى فى القانون المصرى، حكم مفاده:

١- إذا اتفق البنك والعميل صراحة أو بصورة ضمنية مؤكدة على تطبيق قانون معين له صلة بالعقد، بالمعنى الذى حددناه، كان هذا القانون هو الواجب التطبيق. واتفاقهم هذا تسنده المادة ١ / ٩ مدنى مصرى التى تجعل قانون الإرادة واجب التطبيق.

٢- فإذا لم يكن هناك اتفاق صريح أو ضمنى مؤكد وجب تطبيق قانون البنك المقرض. فهو الذى يصوغ عادة شروط الاعتماد، وهى شروط يقبلها جمهور المتعاملين معه، كما يتمتع بهيمنة اقتصادية لا سبيل لنكرانها، فضلاً عن ذلك فإن من مصاحبة العميل كما هو من مصلحة البنك أن يكون قانون الدولة التى تمارس فيها هذه البنوك نشاطها هو الواجب التطبيق. وهذا الحل الأخير يمكن نسبته، كما ذكرنا تفصيلاً، إلى إرادة المشرع المصرى التى أودعها فى المادة ٢٤ مدنى.

Le decret du 28 février 1991, J. O. 3 Mars 1991, P. 3072. Révue crit. 1991. (١)
P. 415.

المطلب الثاني عقد الخصم الدولي Contrat d'escompte

الخصم - في صورته الغالبة - هو عقد بمقتضاه ينقل شخص حامل لورقة تجارية، كمبيالة كانت أو سنداً (ذنياً أو شيكاً) ^(١)، ملكية هذه الورقة - التي لم يحل أجلها بعد - عن طريق تظهيرها تظهيراً ناقلاً للملكية إلى بنك يقوم بدفع قيمتها للمظهر بعد استئزال قدر يمثل فائدة مبلغ الورقة عن المدة ما بين تاريخ الخصم وتاريخ الاستحقاق (وتسمى بسعر الخصم) مضافاً إليها العمولة ^(٢).

وقد عرفه التقنين التجاري الجديد في المادة ٣٥١ بأنه "اتفاق يتعهد البنك بمقتضاه بأن يدفع مقدماً قيمة صك قابل للتداول إلى المستفيد في الصك مقابل نقل ملكيته إلى البنك مع التزام المستفيد برد القيمة الإسمية إلى البنك إذا لم يدفعها المدين الأصلي. كما تنص المادة ٣٥٤ على ما يلي: "١- للبنك قبل المدين الأصلي في الصك والمستفيد وغيرهما من الملتزمين الآخرين جميع الحقوق الناشئة عن الصك الذي خصمه. (٢) وللبنك فضلاً عن ذلك قبيل المستفيد حق مستقل في استرداد المبالغ التي دفعها دون استئزال ما خصمه

(١) وخصم الشيك قد يثير الغرابة، ذلك لأن الشيك واجب الدفع بمجرد الإطلاع وعلى الفور وبحيث يكون لحامله أن يقبض قيمته فوراً من البنك المسحوب عليه. على أن خصم الشيك أمر معروف في العمل وبصفة خاصة في الفرض حيث يكون البنك المسحوب عليه موجوداً في الخارج مثلاً. في هذه الحالة يرغب الحامل في أن يوفر على نفسه مغبة الانتقال إلى الخارج فيلجأ إلى بنك قريب منه في دولته ويخصم لديه الشيك. وهذه عملية صحيحة لا غبار عليها. راجع في حالات مماثلة في القانون الداخلي، الدكتور على جمال الدين عوض، عمليات البنوك، المرجع السابق، فقرة ٦٤٣ ص ٧٩٢ - ٧٩٣ والمراجع المشار إليها فيه.

(٢) اقرأ تعريفات متعددة وقريبة من هذا التعريف، الدكتور مصطفى كمال طه، القانون التجاري، ١٩٨٨، المرجع السابق، فقرة ٦٠١ ص ٥٣٦، الدكتور على جمال الدين عوض، عمليات البنوك، فقرة ٥٧٣ وما بعدها، ص ٧٢٩ وما بعدها؛ الدكتور سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك، ١٩٩٢، المرجع السابق، فقرة ٧٣ ص ١٢٦.

البنك من نسبة وما قبضه من عمولة، ويكون للبنك استعمال هذا الحق في حدود الصكوك غير المدفوعة أياً كان سبب الامتناع عن دفعها".

وللخصم عموماً خصائص ومميزات أبرزها:

أولاً: عملية الخصم هي صورة من صور الائتمان أو الاعتماد المصرفي، إذ بواسطته يمكن البنك التجار من الحصول على المبالغ اللازمة لمعاملاتهم التجارية فوراً دون الانتظار للأجل المحدد في صك الكمبيالة أو السند الإذني. فالبنك - ههنا - يقدم هذا الاعتماد وهو واثق من استرجاع ما عجله لعميله. إذن البنك هنا يعجل مالا حالاً نظير مال غير حال وهو واثق من استرجاع ما عجله عند الأجل المتفق عليه.

ثانياً: الناظر في عمق المسألة يطالعه أن عملية الخصم هذه هي عملية مركبة من عمليتين "مرتبطتين تهدفان إلى غرض اقتصادي واحد، إحدى هاتين العمليتين رضائية بحثت وهي عقد الاعتماد، وهذه تخضع لإرادة الطرفين، وأحكام الاعتماد العامة ... والثانية هي - في خصوص الأوراق التجارية - التظهير الناقل للملكية ..."^(١). وأحكام هذا التظهير تخضع للقواعد التي يفرضها قانون الصرف.

ويمكن للخصم هذا أن يلعب دوراً بارزاً في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، ذلك لأن الخصم عادة ما يرد على مبالغ مالية ضخمة من ناحية، ولأن الأوراق التجارية التي يتم خصمها كثيراً ما تكون مستحقة الوفاء في الخارج من ناحية أخرى، وأن البنوك والدائنين - من ناحية ثالثة - لا يتخلون بسهولة عن الضمانات التي توفرها الورقة التجارية في قطاع من القطاعات - وهو القطاع المصرفي - تبلغ فيه المخاطر المحتملة نروتها^(٢).

(١) الدكتور علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، فقرة ٥٨٩، Stofflet، فتح الاعتماد المصرفي في القانون الدولي الخاص، clunet، ١٩٦٦، فقرة ١٢، ص ٥٨٨.

(٢) Stofflet. Les conflits de lois en matière de credits bancaires, trav - com. Fr. Dr. int. pri. Op. cit., P. 97.

ثالثاً: وبالنسبة لطبيعة هذه العملية نجد تبايناً كبيراً فى الفقه والقضاء. فهناك من قال بأن الخصم إن هو إلا عملية تظهير للورقة تظهيراً ناقلاً للملكية إلى البنك، وثمة من يرى أن الخصم هو حوالة حق من العميل إلى البنك ضد الغير. ويذهب رأى ثالث إلى أن الخصم هو شراء للورقة، بينما يولى غيرهم ثقته فى نظرية القرض قائلين بأن البنك يُقرض العميل المبلغ الذى يعجله له عندما يتم تظهير الورقة إليه. وهؤلاء بدورهم مختلفون بين قائل بأن القرض مضمون بورقة تقدم للبنك على سبيل الرهن، وقائل بأن الورقة إنما تقدم عندئذ على سبيل التمليك.

وهناك أخيراً من يرى أن النظريات المتقدمة جميعاً مجروحة منتقدة تعجز عن تفسير كثير من جوانب عملية الخصم ذات الطبيعة المركبة. ولذلك يرى هؤلاء أن الصحيح عندهم هو "ضرورة النظر إلى جوهر عملية الخصم دون التقيد مقدماً - كما فعلت النظريات السابقة - بإطار قانونى معين، فيعتبر الخصم عملاً مصرفياً فريداً أو فذاً له ظروفه وأهدافه وبالتالي نظامه الخاص دون حاجة إلى وصفه أو إفراغه فى قالب مما يعرفه القانون المدنى أو التجارى، شأنه فى ذلك شأن عمليات مصرفية أخرى كثيرة"^(١).

رابعاً: لا شك أن عملية الخصم تحقق كثيراً من الفوائد للبنك. ففيها يتم الحصول على ضمانات قد تعجز أية عملية أخرى عن توفيرها. فهو يحصل على الورقة مطمئناً إلى صحة الالتزام الثابت فيها دون أن يجد نفسه فى حاجة للرجوع إلى العملية التى أدت إلى تحريرها. فضلاً عن أنه يستفيد من قاعدة تظهير الورقة فلا يحتج عليه بدفوع غير ظاهرة فى الورقة، كما يستفيد من تضامن الموقعين عليها.

خامساً: من المتعين - ونحن بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العملية - أن نأخذ فى الحسبان أننا بصدد عملية مركبة، مزيج من جملة

(١) الدكتور على جمال الدين، طبعة ٢٠٠٠، ص ٦٢١.

عمليات تستهدف في النهاية المطاف تحقيق غرض اقتصادى واحد، وتحكمها اعتبارات الائتمان، وهى اعتبارات يدخلها الطرفان حتماً فى حساباتهما.

كما يتعين مراعاة أن العميل غالباً ما يبرم عقد الخصم دون أن تكون له "حرية جدية فى مناقشة شروطه، إذ تُحرر به غالباً عقود نموذجية مطبوعة يكتفى العميل بتوقيعها وينفرد البنك بتحريرها. هذه العقود النموذجية أدت - بإطراد استخدامها فى العمل - إلى نشأة عادات مصرفية فى هذا الخصوص يلزم النظر إليها فى حل المشكلات الناشئة عن هذه العمليات، مع ملاحظة أن العقود والعادات المشار إليها غالباً ما تقرر حلولاً فى صالح البنوك لا فى صالح العملاء"^(١).

القانون الذى يحكم عملية الخصم:

ومتى ظهر لنا بوضوح ما تقدم من علامات تنطبع بها عملية الخصم بصفة عامة، فإن السؤال الذى يطرح نفسه: ما هو القانون الذى يحكم عقد الخصم ذى الطبيعة الدولية؟

فما لا شك فيه أن عملية الخصم يمكن أن تكون ميداناً خصياً لثوران حالات التنازع بين القوانين. ويرجع ذلك إلى أن البنوك عادة ما تقوم بخصم أوراق مسحوبة أو محررة، أو صادرة فى الخارج، أو مسحوبة على أشخاص أو بنوك (كما فى حالة الشيكات) فى الخارج^(٢). والحال كذلك، فما هو القانون الواجب التطبيق على عملية الخصم؟.

يذهب الرأى المعتمد فى الفقه إلى تطبيق قانون البنك الخاص، أى الذى يقوم بعملية الخصم^(٣). على أن فهم هذا الكلام بصورة ميسرة يحتاج إلى

(١) الدكتور على جمال الدين، طبعة ٢٠٠٠، فقرة ٥٧٩.

(٢) V. en meme sens. Gavalda, op. cit., No 67. Hamel, op. cit., T. 2. No 1081 etss

(٣) Stoufflet. Clunet 1966, op. cit., No 12, P. 588; trav. Com. Français, op. cit., P. 97 etss; Loussourarn et Bredin, op. cit., No 668, P. 741; Gavalda. Rep. Dalloz.

تفصيل. فإذا كان صحيحاً أن عقد الخصم يخضع - من حيث المبدأ - لقانون البنك الخاص، إلا أن ثمة بعضاً من جوانبه تنمرد على الإمتثال لحكم هذا المبدأ وفي تفصيل ذلك نقرر المعانى الآتية:

أولاً: العقد المبرم بين البنك الخاص والعميل:

رأينا أن عملية الخصم عملية مركبة من عمليتين: عقد الاعتماد المبرم بين البنك والعميل (مقدم الورقة) من ناحية والتظهير الناقل لملكية الأوراق التجارية من ناحية أخرى. ولما كان عقد الخصم ذاته يتم عادة في صورة عقد فتح اعتماد بالخصم لدى البنك، فإنه يخضع لقانون البنك فاتح الاعتماد (الخاص). وهذا الحل يستقر عليه الفقه في إجماع وتواتر^(١).

والحال كذلك فإن قانون البنك الخاص هو الذى يحكم عقد فتح الاعتماد بالخصم، سواء من حيث تكوينه أو تنفيذه كما يخضع لهذا القانون كل عملية خاصة من عمليات الخصم؛ ذلك أن كل ورقة تجارية يعوزها اتفاق خاص بها بين العميل remettant والبنك الخاص رغم وجود عقد الاعتماد بالخصم الذى تم إبرامه بين الطرفين. وينطبق قانون البنك كذلك فى الفرض حيث يتم تنفيذ الخصم فى حساب جارى.

ومن جانب آخر فإن قانون البنك هو الذى يتحدد وفقاً له مدى التزام البنك بقبول الورقة للخصم والشروط الواجب توافرها حتى يمكن ذلك، والحالات التى يكون له فيها أن يرفض عملية الخصم. كما تتحدد وفق هذا القانون حقوق البنك (سعر الخصم والعمولة ومصاريف التحصيل)، وكذا مسئولية البنك فى حالة التأخير فى تقديم الورقة لتحصيل قيمتها، أو عدم تقديمها للقبول أو الوفاء. وبالمثل يخضع لهذا القانون أيضاً حالات الرجوع التى تكون

(١) Gavalda. Op. cit., No 68; Stoufflet. Banque et opérations de banque ...op. cit., No 12 P. 588, Communication, op. cit., P. 97; Ioussouarn et Bredin. Op. cit., No. 668, les problèmes juridiques posés par l'opération d'escompte. 1962. No 409.

خارج العلاقة المصرفية التي تكون للبنك ضد عميله والتي تجد أساسها في عقد الخصم^(١).

ثانياً: مجال تطبيق قانون محل الوفاء بالورقة:

لما كانت عملية الخصم، أى خصم الأوراق التجارية، ليست فقط عملية مصرفية لكونها تنطوي على انتمان، وإنما تنطوي على تنازل عن قيمة الحق الثابت في الورقة من قبل حاملها بتظهيرها تظهيراً ناقلاً للملكية للبنك، فإن أحكام قانون الصرف تجد لها مجالاً للإعمال دون شبهة من شك. فما هي الحالات التي يحكمها قانون الصرف؟ وما هو بالتحديد هذا القانون المصرفي واجب التطبيق؟.

يذهب الفقه الفرنسي إلى أن نقل الورقة عن طريق التظهير الكامل، وكذا الضمانات المصرفية وحالات الرجوع المصرفي ومواعيده كلها أمور يحكمها قانون الصرف الخاص بها. فهذه المسائل تخرج من نطاق قانون البنك وتخضع للقانون الخاص بها وفق ما نصت عليه المادة الرابعة من اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٣٠ وغيرها من القواعد الأخرى التي أقرها الفقه والقضاء^(٢).

والرأى عندي أن هذه المسائل المصرفية يحكمها قانون واحد يطوئها جميعاً ويسرى عليها هو قانون محل الوفاء. ففيه يتحقق محور الإداءات وتثور معظم المنازعات ويتم التنفيذ ويتوفر الأمان للمتعاملين في الورقة وتتحقق وحدة القانون المطبق^(٣).

هذه الإزدواجية في الإسناد والمتمثلة في تطبيق قانون البنك على جانب من العملية وقانون محل الوفاء - على ما نراه في مصر - على الجوانب ذات

(١) Stoufflet, clunet 1966, op. cit., No 12, Banque et opérations de banque ... op. cit., No 92; Gavalda op. cit., No 69.

(٢) Gavalda, op. cit., No 69, Stoufflet, Banque et opérations de banque ... op. cit., No 92; Loussouarn et Bredin, op. cit., No 668.

(٣) راجع في التفاصيل، مؤلفنا تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق ص ٢١٨، وما بعدها، ٢٧٣ وما بعدها، ٣٠٨ وما بعدها، ٣٠٨ وما بعدها، ٧٣٣ وما بعدها.

الطبيعة المصرفية أمر لا غرابة فيه. فهو ترجمة طبيعية لكون الخصم عملية مركبة: انتمان من ناحية وتنازل عن قيمة الحق الثابت في الورقة التجارية من ناحية أخرى^(١).

وفضلاً عن ذلك فإنه يجب ملاحظة أمرين:

أولاً: بالنسبة للقانون الذى يحكم شكل الورقة التجارية التى عهد بها للبنك يسرى حكم المادة ٣٨٧ من القانون ١٧ لسنة ١٩٩٩ والتي تنص على أنه " (١) يخضع شكل الالتزامات المصرفية بموجب الكمبيالة لقانون الدولة التى صدرت فيها. (٢) ومع ذلك إذا كان الالتزام غير صحيح شكلاً بموجب القانون المشار إليه فى الفقرة السابقة ولكنه صحيح شكلاً وفقاً لأحكام القانون المصرى فلا يكون لعيب الشكل أثر فى صحة الالتزامات اللاحقة التى تنشأ بموجب الكمبيالة فى مصر". والحكم عينه يسرى بالنسبة للسندات الإذنية، والشيك (م ٤٨١ تجارى).

إذن هناك قاعدة يرد عليها استثناء:

أ- القاعدة:

- وفق نص المادة ٣٨٧/ ١ يخضع شكل الالتزامات المصرفية بموجب الكمبيالة لقانون الدولة التى صدرت فيها. ومن ذلك يتضح ما يلى:
- أن القاعدة العامة هى أن القانون الذى يحكم شكل الالتزامات المصرفية فى مصر هو قانون الدولة التى يتم فيها إجراء الالتزام المصرفى.
 - هذه القاعدة تسرى بشأن كل التزام صرفى يرد على الورقة التجارية سواء تعلق الأمر بإبثانها أو تظهيرها أو ضمانها احتياطياً.
 - تطبيق القاعدة له طابع إلزامى لا اختيارى.

(١) فى هذا المعنى، جافالدا وستوفليه، قانون البنك، المرجع السابق، فقرة ٤٦٩ ص ٦١٨ - ٦١٩، وفى مصر الدكتور على جمال الدين عوض، عمليات البنوك، المرجع السابق، فقرة ٥٨، ص ٧٤٤.

- أنه من المتصور أن تتعدد القوانين التي تحكم الورقة التجارية لأمر من حيث الشكل بتعدد التصرفات التي ترد عليها.
- وجدير بالإشارة أن الحكم الوارد في شأن الكمبيالة والقانون الذي يحكم شكل الالتزامات الواردة عليها ينسحب على السند لأمر. يدل على ذلك ما تقرره المادة ٤٧٠ من القانون ١٧ لسنة ١٩٩٩ بقولها: "تسرى على السند أحكام الكمبيالة بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع ماهيته...".

ب- الاستثناء الوارد على القاعدة:

- أورد المشرع المصري على القاعدة الإلزامية المتقدمة استثناء سبق أن أوردته اتفاقية جنيف لسنة ١٩٣٠. وشروط إعمال هذا الاستثناء هي:
- ١- أن يكون الالتزام الوارد على الورقة التجارية لأمر باطلاً من حيث الشكل وفقاً لقانون دولة إبرامه.
 - ٢- أن يكون هذا التصرف - المُعتبر باطلاً وفقاً لقانون محل إبرامه - صحيحاً من الناحية الشكلية وفقاً لأحكام القانون المصري.
 - ٣- أن يرد على الورقة التزامات صحيحة لاحقة تتم وفق أحكام القانون المصري.

إذا توافرت هذه الشروط فإن البطلان السابق للالتزامات لا يؤثر على صحة الإلتزامات التي نشأت صحيحة في مصر.

هذا الحكم مستقى مما قالت به إتفاقية جنيف لسنة ١٩٣٠. وبعد أن فتنه المشرع التجارى الجديد بمقتضى القانون ١٧ لسنة ١٩٩٩ أصبح هو القانون الوضعى الذى يجب إعماله خروجاً على حكم القاعدة العامة الواردة فى المادة ٢٠ مدنى والخاصة بالتصرفات القانونية العادية.

الخلاصة:

واضح إذن أن المشرع المصرى أخضع شكل الإلتزام الصرفى - أياً كان - لقانون الدولة التى ينشأ فيها. وبهذا يكون المشرع قد غاير فى الحكم بين

القانون الذى يحكم شكل الإلتزام الصرفى والقانون الذى يحكم شكل التصرفات العادية. لكن ما هى طبيعة الاختصاص المقرر بنص المادتين ٣٧٨ و ٤٨١؟ هل هو اختصاص أمر أم هو اختصاص ذو طبيعة "تخييرية"؟

لا شبهة لدينا فى أن الأمر يتعلّق باختصاص أمر. فهذه الصفة الأمرة تفيض بوضوح من عبارات النص حين يقول "يخضع شكل الكمبيالة .. لقانون الدولة". ثم إن النص لم يرصد إلا قانوناً واحداً يحكم الجانب الشكلى فى الإلتزام الصرفى، ومن ثم لا مجال للكلام عن "طابع تخييرية للقاعدة". وفوق ذلك، فإن الرأى منعقد على أن نص المادة (٣ / ١) من اتفاقية جنيف لسنة ١٩٣٠ - التى نقل عنها المشرع المصرى - يضع قاعدة إسناد إلزامية بالنسبة للقانون الذى يحكم شكل الكمبيالة^(١) والحال كذلك وجب الإلتزام بالتفسير المقال به فى القانون المأخوذ عنه.

ويجد هذا الحل تبريره فى أنه يسمح لأطراف الإلتزام الصرفى بإخضاع الورقة للقانون الذى يسهل عليهم الإهتمام إليه والوقوف على أحكامه. وهذه مسألة غاية فى الأهمية بالنسبة للأوراق التجارية التى تتميز بسرعتها فى التداول من مكان إلى آخر عبر الدول المختلفة وهو ما نراه بصفة بارزة فى الكمبيالات المستندية. وبالإضافة إلى ذلك فإنه سيكون فى مقدور حملة الصك المتتابعين أن يقفوا - عند تلقيهم الورقة - بيسر وبلا عناء على القانون الذى يحكم شكل الإلتزامات المصرفية بطريقة محددة وثابتة، ويتعرفون - تبعاً - على صحة هذه الإلتزامات من الناحية الشكلية^(٢).

-
- (١) ليسكو وريلو، فقرة ١٠٥٢، ص ٥٦٦، ريلو، فقرة ٦٦٥، ص ٥٧٤، وموسوعة القانون التجارى تحت عنوان الأوراق التجارية، فقرة ٧٥ وما بعدها، لوسوارن وبريدان، قانون التجارة الدولية فقرة ٤٥٦، وموسوعة القانون الدولى، تحت عنوان أوراق تجارية، فقرة ٤١، شابييرا، فقرة ٤٧.
- (٢) ليسكو وريلو، المرجع والموضوع السابقين، شابييرا، فقرة ٤٧، أرمنجون، فقرة ٨٤٧، لوسوارن وبريدان، قانون التجارة الدولية، فقرة ٤٥٦، ص ٥٥٠.

ثانياً: وبالنسبة للقاعدة التي تحكم أهلية الالتزام المصرفي، نجد أن
المشرع المصري قد اعتنق الحل الذي أخذت به اتفاقيات جنيف لسنة ١٩٣٠،
١٩٣١. وهو حل يقضي بتطبيق أحد قانونين أيهما أفضل لحامل الورقة (البنك
في حالة الخصم). ٣

وفي ذلك تنص المادة ٣٨٨ من التقنين التجاري الجديد على أنه:

١- "يُرجع في تحديد أهلية الملتزم بموجب الكميالية إلى قانون الدولة التي
ينتمي إليها بجنسيته.

٢- وإذا كان القانون الواجب التطبيق يعتبر الملتزم بموجب الكميالية ناقص
الأهلية فإن التزامه يبقى صحيحاً إذا وضع توقيععه على الكميالية في دولة
يعتبره قانونها كامل الأهلية."

ويسرى حكم هذا النص في شأن السند لأمر تطبيقاً لحكم المادة ٤٧٠
التي تنص على أنه "تسرى على السند أحكام الكميالية بالقدر الذي لا تتعارض
فيه مع ماهيته، وتسرى بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالمسائل الآتية:
الأهلية".

- كما تنص المادة ٤٨١ من التقنين الجديد على أنه "١- يخضع شكل
الالتزام بموجب الشيك لقانون الدولة التي صدر فيها. ٢- ومع ذلك إذا كان
الالتزام غير صحيح شكلاً بموجب القانون المشار إليه في الفقرة السابقة لكنه
صحيح شكلاً وفقاً لأحكام القانون المصري فلا يكون لعيبه الشكلي أثر في
صحة الالتزامات اللاحقة التي تنشأ بموجب الشيك في مصر".

هذه النصوص ترسي مبدأ وتورد عليه استثناء مضمونه تدخل قانون
محل الإبرام:

أولاً: المبدأ: تطبيق قانون جنسية الملتزم صرفياً:

- القاعدة هي وجوب أن يكون الشخص الموقع على الورقة التجارية
لأمر أهلاً للالتزام المصرفي أي كانت الصفة التي يلتزم بمقتضاها. وتحدد أهلية

هذا الشخص وفقاً لقانون جنسيته في تاريخ التوقيع على الورقة التجارية، أى تاريخ نشوء الإلتزام المصرفى. وإعمالاً لذلك تتقرر الأحكام التالية:

- إذا كان الملتزم شخصاً اعتبارياً وجب تطبيق قانون الدولة التى يوجد بها مركز إدارته الرئيسى اللهم إلا إذا باشر الشخص نشاطه الرئيسى فى مصر حيث يكون القانون المصرى عندئذ هو الواجب التطبيق (م ٢/٤١ مدنى مصرى).

- إذا كان الملتزم عديم الجنسية فإنه يتعين أن يكون أهلاً للإلتزام المصرفى وفقاً لقانون موطنه أو محل إقامته، أو وفقاً لقانون محل إبرام التصرف أيها يجعل الإلتزام صحيحاً.

- إذا كان الشخص متعدد الجنسيات وكانت الجنسية المصرية من بينها وجب أن يكون الشخص أهلاً للإلتزامه المصرفى وفقاً لأحكام القانون المصرى. أما إذا كانت الجنسيات التى يحملها جميعاً أجنبية فإنه يتعين أن يكون أهلاً للإلتزامه وفقاً لقانون موطنه أو قانون محل إقامته، وإذا تعددت مواطنه أو محال إقامته فيكفى فى رأينا أن يكون أهلاً للإلتزام وفقاً لأى قانون منها.

ثانياً: تدخل قانون محل الإبرام:

- إذا كان الملتزم فى الورقة التجارية ناقص الأهلية وفقاً لقانون جنسيته ولكنه كامل الأهلية وفقاً لقانون الدولة التى وقع فيها على الورقة التجارية لأمر، فإن التصرف يكون صحيحاً.

معنى ذلك أننا نطبق أحد قانونين أيهما أفضل لحامل الورقة. وهو يكون كذلك متى كان الموقع على الورقة يعتبر أهلاً للإلتزام المصرفى وفق هذا القانون أو ذاك. فإن كان الموقع على الورقة أهلاً للإلتزام وفقاً لقانون جنسيته كان التزمه صحيحاً ونقف عند هذا الحد. أما إذا كان قانون جنسيته يعتبره ناقص الأهلية بينما يعتبره قانون محل توقيع الإلتزام كامل الأهلية، فإننا نعرض عن تطبيق قانون الجنسية ونطبق قانون دولة التوقيع على الإلتزام المصرفى الذى يعتبر هذا الإلتزام صحيحاً.

- هذا الحل نقله المشرع المصرى عن اتفاقيات جنيف لسنة ١٩٣٠،
١٩٣١ (م/٢) وهو ما يعنى تطبيق القانون الأصلح لحامل الورقة التجارية.
- هذا الحكم يتفق وأهمية الالتزامات المصرفية ويسمح بتداول الأوراق
التجارية بسرعة وبسر.

- قانون جنسية الملتزم صرفياً يُطبق متى كان يقرر صحته الالتزام
الصرفى وإلا طبقنا قانون محل نشوء الإلتزام والذى يعتبر عندئذ الأكثر حماية
لمصالح حامل الورقة التجارية لأمر. والحماية التى يوفرها هذا الاستثناء أبعد
مدى من تلك التى يحققها الاستثناء الوارد فى المادة (٢/١١) الخاصة
بالتصرفات القانونية بصفة عامة. ومن هنا كان نص المادة ٣٨٨ هو الأكثر
ملانمة لحكم الإلتزامات المصرفية كما ذكرنا.

- حسناً فعل المشرع المصرى حين لم يأخذ بالاستثناء الوارد فى
اتفاقيات جنيف الخاص بالإحالة من قانون الملتزم إلى قانون آخر.

تقدير موقف المشرع المصرى الجديد:

بداية نؤكد أن الحل الذى أتى بها المشرع فى هذا الصدد حلول
منطقية تتفق وطبيعة الأوراق التجارية ومالها من خصوصية تنفرد بها من
شأنها أن تساعد الورقة التجارية على أن تؤدي وظيفتها الإقتصادية وأن تنتقل
بسرعة فيقبل المتعاملون عليها. وتبدو سلامة هذه الحلول فى ضوء المعطيات
الآتية:

١- لقد قرر المشرع - وهو على حق - أن إخضاع أهلية الإلتزام
الصرفى لقانون جنسية الملتزم وحدها - كما هى القاعدة العامة فى التصرفات
القانونية - أمر لا يتفق وطبيعة الأوراق التجارية. فقد يصعب على الحامل -
فى كثير من الحالات - أن يقف على جنسية الملتزمين فيها. وتزداد الصعوبة
كلما زاد عدد الموقعين على الورقة، وبدلاً من أن يصبح تواتر التوقيعات
مصدر ثقة فى الورقة - وهو ما يحدث فى العلاقات الداخلية - يغدو مبعث قلق
وعدم اطمئنان عندما تستخدم أداة لتسوية العلاقة الخاصة ذات الطبيعة الدولية.

إلى ذلك فإنه قد يصعب على الحامل أو الضامن - الذى وقى على سبيل الضمان - أن يقف على نصوص قوانين جنسية الملتزمين فى الورقة سيما إذا تعلق الأمر بأهلية خاصة، كما هو الشأن بالنسبة لأهلية المرأة المتزوجة مثلاً.

ومحصلة ذلك فى الجملة أن يتعذر وقوف الدائن فى الورقة التجارية على مدى توافر أهلية الملتزم صرفياً وفقاً لقانون جنسيته. فالأمر يحتاج إلى وقت وجهد للتحريى والبحث، وهو وقت لا تتسع له فكرة "سرعة تداول الأوراق التجارية فى التعامل" بوصفها من أبرز السمات التى تميز الورقة. والنتيجة فى ذلك ثقل تداول الورقة التجارية وإحجام الناس عن التعامل فيها مع ما يترتب على ذلك من مضار إقتصادية وإضرار بالتجارة الدولية يمس مصالح الأفراد الخاصة الدولية.

وهكذا يظهر لنا بوضوح أن تأمين حماية المعاملات فى الأوراق التجارية كان هو الباعث على تبني هذا الحل، وهو أمر معقول ومقبول.

٢- إن الحل الذى أتى به المشرع لا يهدر العمل بقانون جنسية الملتزم صرفياً. كل ما هنالك أنه يكفى لصحة الالتزام الصرفى أن يكون الملتزم أهلاً وفقاً لقانون الجنسية أو وفقاً لقانون محل نشوء الالتزام الصرفى. فكان المشرع قد وضع بذلك قاعدة إسناد تخييرية مع مراعاة التدرج من القاعدة إلى الاستثناء، فيعمل بقانون محل توقيع الالتزام الصرفى - والفرص أنه يعتبر الملتزم أهلاً لتوقيعه - متى كان قانون الجنسية يعتبره قاصراً.

٣- كما أنه لا وجه لما يقول به البعض من أن هذا الحل يفتح الباب أمام الغش والتحايل نحو القانون حيث يكفى ناقص الأهلية، وفقاً لقانونه الوطنى، أن يذهب إلى دولة أخرى يعتبره قانونها كامل الأهلية ويوقع على الورقة فيها. لا محل لذلك. ذلك أن من المقرّر أنه "إذا ثبت أن الأجنبى لجأ إلى وسائل خادعة، أو هم بها العاقد الوطنى بكونه أهلاً مع أنه غير أهل، عُدم مسنولاً مسنولية غير عقديّة، أى مسنولية تقصيرية، عن فعله الضار هذا، والفعل الضار يخضع

للقانون المحلي^(١) "وهو في هذه الحالة قانون محل التوقيع على الصك". وفي هذه الحالة ومثلها يكون التصرف صحيحاً باعتبار ذلك من قبيل التعويض العيني. وفي حالة الغش يكون القانون الواجب التطبيق - بإجماع الفقه - هو قانون محل نشوء التصرف والفرض فيه أنه يعتبر التصرف صحيحاً. النتيجة إذن واحدة. وما دام الحال كذلك، فلماذا لا نصل إليها باعتبارها تطبيقاً لحكم عام بدلاً من تقريرها بوصفها جزءاً لمخالفة هذا الحكم. والحال كذلك فإن الحل الذي أخذ به المشرع المصري هو وحده الذي يتحقق به قفل باب الغش والتحليل لا فتحه^(٢).

٤ - يبقى أن نتساءل: هل نص المادة ٣٨٨ - وما في حكمه في شأن السند الإذني والشيك - هو من باب الزيادة، وأنه يمكن تقرير ذات الحل الذي يقول به بإعمال حكم القاعدة العامة المتضمنة في المادة ١ / ١ من القانون المدني المصري التي تضع مبدأ عاماً مقتضاه إخضاع الأهلية اللازمة لصحة التصرفات عموماً لقانون جنسية الشخص مع مراعاة الاستثناء الخاص بالمصلحة الوطنية ومضمونه أنه لا يُعد ينقص أهلية الشخص إذا كنا بصدد تصرف من التصرفات المالية التي تعقد في مصر وتترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته^(٣). وقد يبدو

(١) في هذا الاتجاه في فرنسا، باتيفول ولاجارد، بند ٦٠١ ص ٣٢٧ وحاشية (٦) من ذات

الصفحة، وفي مصر الدكتور عز الدين عبد الله - الجزء الثاني، ص ٢٢٣ - ٢٣٤.

(٢) أنظر في تفاصيل هذا الانتقاد، مؤلفنا في تنازع القوانين في الأوراق التجارية، ص ١٤١ وما بعدها.

(٣) مثل هذا الانتقاد قال به البعض في فرنسا طبعاً في الحل المماثل الذي أخذت به اتفاقيات جنيف الخاصة بالأوراق التجارية لسنة ١٩٣٠، ١٩٣١. حيث قد تصور هذا البعض أن في الحل الذي يُفرض إليه قضاء ليزاردى (ونص المادة ١/١١ ما هو إلا تقنين وطني لهذا القضاء الأجنبي) من شأنه أن يحقق الحماية المرجوة بما يوفره من مرونة وواقعية، أنظر في ذلك ليسكو وريبلو، فقرة ١٠٤٤ (ب) ٩ ص ٥٤٧، ريلو، الأوراق التجارية، فقرة ٦٥٩ ص ٥٧٠، لوسوارن وبريدان، قانون التجارة الدولية فقرة ٤٥١، وموسوعة القانون الدولي تحت عنوان أوراق تجارية، فقرة ٢٧، شابير، فقرة ٧٦.

في الظاهر أن هذا الدفع منطقي يتفق تماماً والاجتهاد الذي قلنا حين جعلنا من هذا الاستثناء قاعدة مادية بحيث يجب تطبيق قانون محل الإبرام - في هذا الفرض - سواء أتم التصرف في مصر ورتب آثاره في الخارج أو أبرم في الخارج ورتب آثاره في مصر وذلك على الرغم مما يقول به صريح نص المادة ١/١١ مدنى مصرى من ضرورة أن يكون التصرف قد أبرم في الدولة ورتب آثاره فيها.

ومع ذلك فإننا نعتقد أن المشرع المصرى قد أحسن صنعا عندما أورد النص المذكور. وتتأتى قناعتنا تلك متى لاحظنا الأمرين الآتيين:

الأول: إذا وقفنا عند ظاهر نص المادة ١/١١ مدنى مصرى فإن معنى ذلك أن يُطبق القانون المصرى فى فرض محدد: أن يكون التصرف المالى قد أبرم فى مصر ورتب آثاره فيها وكان المتعاقد الآخر الذى تعاقده مع ناقص الأهلية حسن النية يجهل نقص الأهلية هذا. أما نص المادة ٣٨٨ - وما فى حكمه - فإنه يقضى بتطبيق قانون دولة الإبرام التى تم فيها توقيع الملتزم صرفياً وأياً كان هذا المكان - متى كان قانون هذه الدولة يعتبر الملتزم كامل الأهلية وكان قانون جنسيته يعتبره ناقصها. ومن هنا فإن الحماية التى يوفرها هذا النص الأخير أوسع نطاقاً من تلك التى يوفرها نص المادة ١/١١.

الثانى: وفى الحالة التى يأخذ فيها الفقه والقضاء بالاجتهاد الذى قلنا به من جعل الاستثناء الوارد فى المادة ١/١١ قاعدة مادية ينطبق حكمها أى كان مكان إبرام التصرف المالى (فى مصر أو فى الخارج)، وهو ما نأمل فيه، فإنه يبقى مع ذلك لنص المادة ٣٨٨ وما فى حكمها فائدة خاصة بالأوراق التجارية. ويرجع ذلك إلى أن هذا النص حين يعقد الاختصاص لقانون دولة الإبرام ليحكم أهلية الملتزم فى الورقة - متى كان ناقص الأهلية وفقاً لقانون جنسيته - فإنه يحمى حامل الورقة أو الضامن الذى وفى على سبيل الضمان دون قيد أو شرط. وهذا حكم يتفق تماماً ووظيفة الورقة التجارية من الوجهتين القانونية والإقتصادية ويلبى فيها أبرز خصائصها التى تميزها من سرعة فى التداول

وثقة فى التعامل دون أن نلزم حامل الورقة بالبحث والتحرى أو أن نفرض عليه مراعاة شروط معينة.

أما الإستثناء الوارد على المادة ١/١١ مدنى فهو لا ينطبق - على فرض اعتباره قاعدة مادية - إلا إذا توافرت شروط أبرزها: أن يكون نقص أهلية الأجنبى راجعاً إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه. معنى هذا أنه يجب أن يكون الجهل بالقانون الأجنبى مغتفراً، مثل هذا البحث يتعارض مع طبيعة الورقة التجارية. ولهذا يبدو لنا بوضوح وجلاء أن الحكم الذى جاءت به المادة ٢٨٨ من التقنين التجارى الجديد تكرر حلاً نموذجياً يتفق وطبيعة الالتزامات المصرفية. وهو حكم تعجز عن تغطيته قاعدة التنازع التى رصدها المشرع فى شأن التصرفات القانونية عموماً فى المادة ١/١١ من القانون المدنى المصرى.

باختصار شديد هذا الحل الذى أخذ به المشرع المصرى صراحةً فى المادة ٢٨٨ والمادة ٤٨١ من التقنين الجديد هو عينه الذى قلنا به قبل العمل بهذا التقنين مستنديين فى ذلك إلى عدم ملاءمة حكم المادة ١/١١ مدنى والاستثناء الوارد عليه لحكم الإلتزامات المصرفية لأمر.

المطلب الثالث

العقد الدولى لتحصيل الديون التجارية

Factoring, Affacturage

قوام هذا العقد المسمى بعقد تحصيل الديون التجارية أن يكون هناك تاجر دائن لكثير من العملاء (غالباً ما يكونون فى الخارج) بقيمة ما ورده إليهم من سلع أو أداء إليهم من خدمات. وبدلاً من أن يتوجه هذا التاجر الدائن إلى كل عميل من هؤلاء العملاء ليطالبه بالوفاء بما عليه من دين ثابت بمقتضى فواتير، يتوجه إلى أحد البنوك - أو مؤسسة مالية متخصصة أو بيت من بيوت تحصيل الديون - والذى يقوم بدور المحصل، ليقبض منه قيمة هذه الفواتير مقابل أن

ينقل إليه الحقوق الثابتة فيها^(١).

من الوصف المتقدم يمكن تعريف عقد تحصيل الديون بأنه ذلك العقد الذي بمقتضاه يقوم شخص محترف للنشاط، بنكاً كان أم مؤسسة مالية، بتوفاء بقيمة الفواتير إلى التاجر (المورد) مقابل قيام هذا الأخير بتحويل حقوقه التي في ذمة عملائه، وذلك بعد حصوله على العمولة والفائدة المتفق عليها^(٢).

من استقراء هذا التعريف يمكن للباحث أن يرصد جملة الملامح الجوهرية لهذا العقد والتي تبدو لنا بوصفها خادمة في عملية تحديد القانون الواجب التطبيق عليه:

١ - يقوم هذا العقد في الدول التي تعرفه - بعد أن وفد إليها من انجلترا وأمريكا - بدور فذ في نطاق التجارة الدولية، ذلك أن الديون التي يتعلّق بها التحصيل غالباً ما تكون على مدبنيين مستوردين سقيمين في الخارج، أي خارج الدولة التي يوجد بها التاجر الدائن والمؤسسة أو البنك القائم بعملية التحصيل.

(١) الدكتور هاني دويدار، عقد تحصيل الديون التجارية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية (العدد: الأول والثاني)، ١٩٩١، مجلة تصدرها كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية) - ص ٢٩٨ وما بعدها، انظر بالتحديد، ص ٢٩٩؛ الدكتور مجيب الدين اسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك، الجزء الأول - ١٩٨٧، فقرة ٥٥٥: ص ٥٢٢.

(٢) اقرأ في التعريفات المختلفة لهذا العقد والتي تجتمع - رغم اختلاف صيغها - حول هذا المضمون، الدكتور علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، المرجع السابق، فقرة ٥٢٣ وما بعدها، ص ٦٤٣ وما بعدها؛ الدكتور هاني دويدار، عقد تحصيل الديون التجارية، المرجع السابق، ص ٣٠٠ وما بعدها، وانظر في الفقه الفرنسي:

Jacques Ferronniere et Emmanuel de Chillaz, les opérations de banque, op. cit., No 687, P. 604; Anne Sunay - Cytermann, les conflits de lois concernant l'oposabilité des transferts de créance, Revue crit. 1992, P. 35 etss, V. Précisément No 24, P. 57 etss; Bianca Cassandro Sulpasso, Affacturage à l'exportation: une réglementation uniforme est-elle possible? Rev. Trin. Dr. com., 1984, P. 639 etss, V. P. 640 Ripert et Roblot, Traité de Droit Commercial, T. 2, Np 2400, P. 418 etss; Rives - Lange, M. Contamine, Renaud, Droit bancaire, op. cit., No 550, P. 713; Ch. Gavalda, Rép. Dalloz dr. Com. V "Factoring"

٢- صحيح أن من يقوم بعملية التحصيل تلك هو فى الغالب شركات وبنية أو مؤسسات مالية ضخمة تعرف ببيوت تحصيل الديون، إلا أن ما يهمنى هو الوضع الذى فيه يتم التحصيل بواسطة بنك أو فرع له.

٣- إن المحصل فى هذا العقد لا يعلق وفاءه بالدين على تمام تحصيله من المدين. فالعملية فى جوهرها أن المحصل يتحمل مخاطر هذا التحصيل ويستحق على ذلك أجراً. إذن ثمة انتمان من المحصل للدائن فى حصوله على قيمة الفواتير. ولعل ذلك هو الذى يُفسر لنا تناول عقد تحصيل الديون التجارية ضمن عقود الائتمان التجارى^(١).

٤- الدور الذى يقوم به البنك، بوصفه محصلاً، يماثل ذلك الدور الذى يؤديه فى عملية خصم الأوراق التجارية، ولذلك سنرى أن هذا التماثل ترك آثاره بالنسبة لتحديد القانون الواجب التطبيق من حيث أن قانون البنك لا ينفرد وحده بحكم العملية وإنما يتنازع معه القسمة قانون آخر وهو اشتراك نقتضيه الطبيعة الخاصة التى يتميز بها العقدان معاً^(٢).

٥- عادة ما يُبرم عقد التحصيل Factoring بين المحصل - البنك - والدائن المورد ليواجه سلسلة من عمليات التحصيل، ولذلك يسمى "الاتفاق الإطارى" convention - cadre. فهو معد لتنظيم عمليات متعددة تدخل فى نطاقه.

وتتطوى هذه العملية على أمرين: انتمان من ناحية وتنازل عن الحق من التاجر الدائن إلى البنك المحصل من ناحية أخرى.

٦- يعتبر نظام "وكلاء التسويق" من وسائل تنمية عمليات التصدير، إذ يفتح بابه أمام المنشآت التى لا تملك إمكانيات إدارية قوية لتصريف منتجاتها فى الخارج.

(١) الدكتور هانى دويدار، ص ٢٠٦.

(٢) Stoufflet، البنك وعمليات البنوك فى القانون الدولى، المرجع السابق، فقرة ٩٣.

٧- يتيح نظام وكلاء التسويق للوكيل أن "أن يقدم خدماته لعملائه البائعين لأنه - بأجهزته الخاصة وأجهزة الهيئات التي له بها علاقات - يمكنه دراسة ووزن المخاطر التي يتعرض هو لها في السوق الخارجى بحيث لا يُقبل على شراء حقوق ناشئة عن عمليات إلا بعد اطمئنانه إلى إمكان تحمله مخاطر ها وعلى أن تكون نسبة الديون التي يحصل التخلف عن وفائها ضئيلاً. وبهذه الدراسة يمكن للوكيل (البنك) أن يخدم عملاء لأنه بالمعلومات التي يجمعها لصالحه يستطيع أن يجنب عملاءه مخاطر التعامل مع أشخاص أو فى سلع أو بشروط قد تعرضهم لمخاطر لا يستطيعون الإلمام بها لبعدهم عن سوقها"^(١).

٨- فضلاً عن ذلك فإن فى هذه العملية - كما رأينا - يلجأ العميل إلى وكيل التسويق - البنك - ويعهد إليه بتحصيل فواتيره بصفة دورية، الأمر الذى يستطيع معه أن يتخلص من أعباء ثقيلة بالنسبة للمنشآت التي لها عملاء عديدون. أكثر من ذلك فإن البنك ذاته قد يقوم بتحريير هذه الفواتير ويمسك حسابات المدينين. وهذا أمر هين بالنسبة له، ثم إنه بالنسبة للمنشأة ذاتها يعد أمراً اقتصادياً لأن "الوكيل لديه جهاز إدارى ومحاسبى وجهاز معلومات يُمكنه من الإحاطة بمراكز العملاء (أى المشترين) فى البلد الأجنبى. وقد يتولى الوكيل الشؤون القانونية والقضائية لعملائه إذا كان بوسعه ذلك"^(٢).

٩- وتبدو مصلحة البنك (الوكيل) إذا أدركنا أنه "يعطى نشاطه لمشتريين متعددين وبمبالغ صغيرة لكل منهم وفى بلاد عديدة. فهذا يؤدي إلى تنوع المخاطر التي يتعرض لها على خلاف ما يكون معظم نشاطه مقصوراً

(١) الدكتور على جمال الدين عوض، طبعة ٢٠٠٠، فقرة ٥٢٧.

(٢) الدكتور على جمال الدين عوض، طبعة ٢٠٠٠، ص ٥٦٣.

على مشتر واحد كبير وفي بلد واحد، فهذا أشبه بوضع البيض كله في سلة واحدة^(١).

١٠- إن عملية تحصيل الديون تستلزم توافر ثلاثة أشخاص: البنك المُحصل، والعميل الدائن (البائع المصدر)، والمشتري الذي يتم منه التحصيل من قبل المحصل.

هذا، وقد قيل بعدة نظريات في تأسيس رجوع المحصل على المدين للوفاء بقيمة الحق الثابت في الفاتورة، الراجح منها فكرة الحلول الإتفاقي^(٢) بتأسيس الرجوع المذكور على أساس حوالة الحق أم على أساس الحلول الإتفاقي فإن الحل واحد فيما يتعلق بتنازع القوانين^(٣).

القانون الواجب التطبيق:

متى استبان ما تقدم، كان لنا أن نتساءل عن القانون الواجب التطبيق على هذه العملية. وللإجابة على هذا السؤال يجب أن نميز بين الفروض الآتية:

أولاً: بالنسبة للعلاقات بين المحصل Le Factor (البنك) والدائن (التاجر البائع أو المورد): وهي العلاقات الناشئة عن عقد التحصيل المبرم بينهما، فهذه يحكمها، شأنها شأن غيرها من عمليات البنوك، قانون الدولة التي يوجد بها مقر المؤسسة التي تقوم بالتحصيل، أي قانون البنك القائم بهذه العملية

(١) المرجع والموضع السابقين.

(٢) أنظر في عرض النظريات التي قيل بها والرد عليها وأسباب قبول الحل المعتمد، الدكتور هاني دويدار، المرجع السابق، ص ٣١٧ وما بعدها، وقرأ في أسباب التعويل على الحلول بديلاً عن حوالة الحق Sunay - Cytermann في rev. crit. ١٩٩٢، سابق الإشارة إليه، فقرة ٤٢ ص ٢١.

(٣) Sunay - Cytermann، فقرة ٤٣. على هذا المعنى مع اعتماد الحلول الإتفاقي أساساً، استئناف باريس في ١٥ مارس ١٩٨٣، clunet، ١٩٨٤، ص ١٤٢ مع تعليق A. Jacquemont.

اللهم إلا إذا كان هناك اتفاق صريح بينهما على تطبيق قانون آخر^(١).

وعلى ذلك فإن هذا القانون هو الذى يحكم المسائل الآتية:

العمليات التى يقوم بها البنك لمصلحة العميل والشروط اللازم توافرها ليلتزم الوكيل (البنك) بشراء أو بوفاء الحقوق التى تمثلها الفواتير التى يحررها العميل على مدينيه المشترين فى الخارج. بعبارة أخرى، هو القانون الذى يحدد الحقوق التى يحل فيها البنك محل العميل لدى المشترين. كما يحكم هذا القانون العمولة التى يستحقها البنك وما يجب أن يعجله الوكيل لعميله والفوائد المستحقة وجزاءات التزامات الطرفين. كذلك يحدد هذا القانون المقبول وغير المقبول من الفواتير، والمواعيد التى تقدم فيها الفواتير المستحقة مجتمعة وكيفية الوفاء. كما يحدد هذا القانون حالات رجوع البنك على العميل.

ثانياً: وبالنسبة إلى الحق الذى ينتقل من المدين (المستوردين المقيمين عادة فى الخارج) إلى المحصل، فإن القانون الذى يحكمه هو القانون الخاص به. أى القانون الذى يحكم الرابطة القانونية مصدر هذا الحق^(٢).

ثالثاً: أما الحقوق التى تكون للمحصل فى مواجهة المدين (المستورد) فإنها تخضع بدورها للقانون الذى يحكم العلاقة الأصلية التى تولد عنها الحق، عقد البيع أو النقل أو الوكالة على حسب الأحوال. فمركز المدين لم يتغير ولا وجه للإتقال عليه أو التخفيف عنه لمجرد الطول باتفاق الموفى مع الدائن^(٣). فكل الذى حدث هو استبدال دائن بدائن آخر.

(١) من هذا رأى Stoufflet، البنك وعمليات البنوك، المرجع السابق، فقرة ٩٣.

(٢) Stoufflet, op. cit., No 93, et les references citées; Sunay - cytermann, op. cit., Rév. 1992, No 43, P. 58.

وهذا هو عين الحل المعتمد بشأن عملية الحلول الاتفاقى، أنظر فى ذلك استئناف باريس فى ١٥ مارس ١٩٨٣، clunet، ١٩٨٤، ص ١٤٣ والتعليق.

(٣) قارن فى نفس الاتجاه، باتيفول ولاجارد، الجزء الثانى، فقرة ٦١١، ص ٣٣٩؛ لوسوارن وبوريل، المرجع السابق، فقرة ٤٢٥.

رابعاً: وفيما يتعلق بشروط الاحتجاج بحوالة الحق ونفاذها في مواجهة المدين والغير فإنه يحكمها - على ما نرجحه - قانون موطن المدين تغليبا لمصاحبة الغير، وذلك نظراً لأن الحق يتركز بدرجة أو بأخرى في هذا المكان، كما أن نفاذ الحوالة في حق الغير يستلزم إخضاعها لقانون يكون من الميسور عليهم التعرف عليه والوقوف على حكمه. وهذا الأمر يحقّه قانون موطن المدين أكثر من القانون الذي يحكم مصدر الحق^(١).

يبقى أن نذكر أن أثر الإفلاس على عملية تحصيل الديون التجارية يحكمه عندنا القانون الذي يحكم الإفلاس^(٢)، ذلك لأن هذه المسألة ترتبط بشدة بآثار الإفلاس أكثر من ارتباطها بميكانيزم حوالة الحق أو انتقاله على أثر الحلول الاتفاقي^(٣).

ولتمام الإيضاح بشأن هذه العملية نرصد أمرين:

أ- أن الأحكام المتقدمة تسرى دون تمييز سواء أتم تكيف العلاقة على أنها حوالة حق، أم على أنها حلول اتفاقي، وهو ما نرجحه، بحسبان أن القانون الواجب التطبيق في الحالين واحد لا يتغير، ذلك أن ميكانيزم عمل كل منهما لا يتباين.

ب- ليس بمستغرب أن تتعدد القوانين الواجبة التطبيق على هذه العملية، تماماً كما هو الحال بالنسبة للخصم. فالعملية من شقين^(٤): الأول، وهو الوفاء

(١) باتيفول ولاجاراد، المرجع السابق، فقرة ٦١١، Sunay - Cytermann, Revue crit, ١٩٩٢، فقرة ٤٤ ص ٦٠، Stoufflet، البنك وعمليات البنوك، المرجع السابق، فقرة ٩٤، وأنظر في مصر الدكتور منصور مصطفى منصور ص ٣٠٣، وقارن مع ما تقول به اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ في م ٢/١٢ حيث تخضع ذلك لذات القانون الذي يحكم الحق الذي تم انتقاله على أثر حوالة الحق أو الحلول الاتفاقي.

(٢) من هذا الرأي باتيفول ولاجاراد، المرجع السابق، فقرة ٦١١ وهامش (١)؛ وأنظر مع ذلك Stoufflet، البنك وعمليات البنوك، المرجع السابق، فقرة ٩٥.

(٣) وفي تحديد القانون الواجب التطبيق على الإفلاس، الدكتور هشام صادق، تنازع القوانين، الطبعة الثالثة، المرجع السابق، فقرة ١٢١ وما بعدها، ص ٥٤٣، وما بعدها.

(٤) الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط - نظرية الالتزام بوجه عام - الأوصاف - الحوالة - الانقضاء - فقرة ٤٠٥ ص ٧٠٣.

بالحق بالنسبة للدائن الذى يستوفى حقه. وهذه العملية يبدو فيها أداء الموفى – وهو المحصل الذى هو البنك – بوصفه الأداء المميز أو الفذ أو المحورى. والثانى، يتمثل فى انتقال الحق Transfert بالنسبة إلى المدين. والذى حدث هنا هو أن المدين لم يوفى الحق بنفسه، وإنما وفاه عنه غيره. وأداء المدين هنا فى مواجهة المحصل يحكمه القانون الذى يحكم الحق الأصلى بوصفه المصدر. ويبقى لقانون موطن المدين دور من حيث النفاذ والاحتجاج بالانتقال فى مواجهة الغير الواجب حمايته، ومن هنا لزم البحث عن قانون يكون من الميسور الوقوف عليه وهو قانون موطن المدين^(١).

المطلب الرابع بطاقات الوفاء والائتمان

Les cartes de paiement et de credit

بطاقة الوفاء^(٢) هى فى عمق التحليل عقد يتعهد بمقتضاه مصدر البطاقة بفتح اعتماد بمبلغ معين لمصلحة حاملها، الذى يستخدمها للوفاء بمشترياته لدى

(١) ولعل تعدد هذه القوانين وتنوعها واختلاف مواقف التشريعات بشأنها من شأنه أن يفتح مجالاً لعدم اليقين حول القانون الواجب التطبيق بالنسبة لجوانب كثيرة من العملية الأمر الذى حدا بوضع اتفاقية خاصة بعقد تحصيل الديون الدولى وقعت فى Ottawa فى ٢٨ مايو ١٩٨٨ حوت عدداً من القواعد المادية، أنظر فى ذلك: Rév., Sunay – cytermann، ١٩٩٢ ص ٦٠ هامش (٥٥).

(٢) فى دراسات تفصيلية حول هذا الموضوع راجع: الدكتور على جمال الدين عوض عمليات البنوك، ١٩٨٩، فقرة ٥٣٧ وما بعدها، ص ٦٦٣ وما بعدها، الدكتور رفعت أبدير، بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية (بحث غير مذكور فيه سنة الطبع)؛ الدكتور فايز نعيم رضوان، بطاقات الوفاء ١٩٩٠ (مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة). وأنظر فى الفقه الفرنسى:

Chabrier (P. G.) les cartes de credit, Paris 1986; Stoufflet, les cartes de credit en France, in Etude de droit contemporain, Paris 1970, P. 208 No 398; Gavalda (ch.). la carte de paiement, Economica. 1980, Bertrand (T.) et le Clech (pl.), La pratique du droit des cartes de paiement et de crédit. Banque, éd., 1988; Rives – lange et Contaminé – Raynaud, Droit bancaire, Dalloz 1990. No 309 ets., P. 436, ets; Gavalda et Stoufflet, Droit de la Banque, 1974; op. cit., No 601 ets, P. 820 ets.

المحلات التجارية التي ترتبط مع مصدر البطاقة (بنكا كان أم مؤسسة مالية أم شركة) بعقد تتعهد فيه بقبولها الوفاء بمشتریات حاملي البطاقات، على أن تتم التسوية النهائية بعد كل مدة محدد يُتفق عليها.

والبين من هذا النظام، أن حامل البطاقة لا يقوم بدفع ثمن السلع والخدمات التي يحصل عليها فوراً - نقداً أو عن طريق شيك - وإنما يكتفى بتقديم بطاقته إلى التاجر الذي يدون بياناتها في "فاتورة" من عدة نسخ يوقعها حامل البطاقة. ويرسل التاجر نسخة من هذه الفاتورة إلى البنك مُصدر البطاقة الذي يقوم بسداد قيمتها إليه.

القانون الذي يحكم هذه البطاقات:

للإيضاح نعطي المثال التالي:

حالة ما إذا جاء سائح أمريكي إلى مصر واشترى فيها عدداً من المقتنيات الثمينة من بائع تحف مصري وأوفى له بالثمن عن طريق استخدام بطاقة الوفاء (والائتمان)، فما هو القانون الذي ينقذ له الاختصاص بحكم المنازعات المتولدة عن استعمال هذه البطاقة؟ أهو القانون الأمريكي أم القانون المصري؟ المشكلة نفسها متصور قيامها فيما لو سافر مصري إلى أمريكا واشترى بضاعة من هناك وأوفى ثمنها باستخدامه لبطاقة وفاء (وائتمان) صادرة عن بنك مصري. فماذا يكون الحل في الفرضين؟

من رأى بعض الفقهاء^(١) أن بطاقة الوفاء لا تخرج عن كونها عقداً يخضع بهذه الصفة لقانون الإرادة. فالأمر يتعلق بمجرد اتفاق (أى عقد) على كيفية الوفاء بين العميل الأجنبي، حامل البطاقة، والتاجر المستفيد من الوفاء^(٢). وينبى على ذلك جملة أن قانون الإرادة هو الذى يحكم العلاقات العميل

V. Jean Jacques Daigre, Aspects de droit international et de droit compare en matière de cartes de paiement et de credit, in les nouveaux moyens de paiement, Droit, argent et libertés. 17e congrès National des Huissiers de Justice dijon: 25 - 26 et 27 septembre 1986. sous la direction de Jean - Pierre Farget, Economica investior, 1986, P. 231 etss. (١)

Jean - Jacques Daiger, op. cit., 232. (٢)

العميل والمستفيد، يستوى في ذلك أن يتعين قانون الإرادة هذا صراحة أم ضمناً. فإن تم الاتفاق على تطبيق قانون معين فلا مشكلة. أما إذا لم يعلن الأفراد صراحة عن هذا القانون وجب إعمال قانون الدولة التي يتم فيها استعمال البطاقة^(١) حملاً على أنه قانون الإرادة الضمنية.

ولم يشأ صاحب الرأي المتقدم أن يخفى الصعوبات العملية التي يثيرها استخدام هذه البطاقة نظراً لتعدد الروابط التي تترتب على استخدامها وما يثيره هذا الاستعمال من تداخل في العلاقات. فلو أن أميركياً من ولاية نيويورك يحمل بطاقة وفاء Amex ذهب سائحاً إلى فرنسا، وأدعى فيها، أنه لم يستخدم بطاقته في علاقته بتاجر معين استخداماً صحيحاً وأن التاجر الفرنسي كان قد سرق منه بطاقته، فهل له أن يعترض على عملية الوفاء التي تمت بمقتضى بطاقته؟

الواقع أن القانون الفرنسي يحظر مثل هذه المعارضة في الوفاء. فالمادة ٢٢ من قانون ١١ يولييه لسنة ١٩٨٥ تجعل من الوفاء الذي يتم بمقتضى هذه البطاقات وفاءً نهائياً غير قابل للرجوع فيه. معنى ذلك أن يكون في مقدور التاجر الفرنسي أن يتمسك باعتبار هذا الوفاء باتاً لا رجعة فيه في الفرض حيث يكون القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق. بينما يكون لحامل البطاقة أن يعارض في هذا الوفاء لدى مجموعة Amex في الولايات المتحدة الأمريكية، بحسبان أن القانون الفرنسي لا يحكم العلاقة بين المصدر وحامل البطاقة^(٢).

وفي تقديرنا أنه من الصعب إخضاع هذه البطاقات لقانون واحد، ذلك أن نظامها القانوني يستند إلى ثلاث علاقات كما ذكرنا. والحال كذلك، فإنه يلزم لبيان القانون الذي يحكم هذه البطاقات أن نميز بين العلاقات الآتية:

أولاً: العلاقة بين البنك مصدر البطاقة والعميل:

قلنا إن البطاقة عقد بين البنك مصدرها والعميل الذي يحملها، يتعهد بمقتضاه البنك بفتح اعتماد بمبلغ معين لصالح العميل ليستطيع عن طريقها أن

Jean Jacques Daiger, op. cit.

(١)

Jean Jacques Daiger, op. cit.

(٢)

يفى بثمن مشترياته لدى المحلات التجارية المقبولة من البنك. والواضح من الناحيتين القانونية والاقتصادية أن التزام البنك يعد هو مركز الثقل في العلاقة ويبدو بوصفه الأداء المميز في العملية القانونية^(١). بعبارة أخرى، تخضع الرابطة العقدية لقانون البنك مصدر البطاقة. فهذا القانون هو الذى يحدد حقوق والتزامات كل من الطرفين فى مواجهة الآخر. فوفقاً له تتحدد كيفية استخدام البطاقة وشروط ذلك، ومدة صلاحيتها، والمقابل الذى يلتزم به العميل حامل البطاقة، وكيفية وشروط رد المبالغ المطلوبة منه وحالات إلغاء البطاقة وسحبها.

فالأداء المميز هنا هو أداء البنك مصدر البطاقة. هذا الأداء المميز يمكن أن نلمسه مجسداً فى كتابات فقه القانون التجارى عند تصديره لما تتميز به البطاقة بوصفها أداة للوفاء والانتماء. من ذلك ما سطره البعض^(٢) من أنه "فضلاً عما يترتب على استخدامها من تركيز عمليات الوفاء المتعددة بالنسبة لحاملها لدى جهة واحدة (الجهة المصدرة للبطاقة)، فإن استيفاء الدائن (التاجر) لحقوقه المترتبة على استخدامها لا يتطلب سوى مبادرته إلى ذلك بقيامه بإرسال الفاتورة إلى الجهة المصدرة للبطاقة". إلى ذلك فإن هذه البطاقة تتميز بوصفها أداة للوفاء عن غيرها من أدوات الوفاء، "كالشيك والأوراق التجارية، بما تنطوى عليه من ضمان للدائن (التاجر)، حيث تتعهد الجهة المصدرة للبطاقة بمسداد قيمة الفواتير الموقعة من حامل البطاقة، فى حدود مبلغ معين، ولو لم يكن لحامل البطاقة رصيد كاف لديها".

ثانياً: العلاقة بين العميل حامل البطاقة والتاجر: فى إطار العلاقة بين حامل البطاقة والتاجر فإن الذى يربط بينهما عادةً هو عقود عادية يحصل بمقتضاها حامل البطاقة على السلع والخدمات التى يقوم التاجر ببيعها أو

(١) ريف لانج ومونيك كونتامين، المرجع السابق، فقرة ٣١٣ ص ٤٤٤.
(٢) اليكتور رفعت أبابير، المرجع السابق، ص ٢٥، ريف لانج وكونتامين رينو، المرجع السابق، فقرة ٣١٩ ص ٤٥٥.

تقديمها. هذه العقود - متى كانت دولية - يحكمها القانون الخاص بها (الغالب قانون الإرادة). ولا صفة في هذا الصدد، لقانون البنك المصدر للبطاقة. على أنه متى استخدمت البطاقة من قبل حاملها للوفاء بقيمة السلع والخدمات التي يحصل عليها، فإن القانون الذي يحكم عقد البيع أو عقد تقديم الخدمة (المبرم بين العميل حامل البطاقة والتاجر) يكون له مجال للانطباق. فهو الذي يختص بتحديد أثر استخدام البطاقة على دين العميل^(١).

وفي حالة استخدام البطاقة لسحب نقود في الخارج، فإن قانون البنك الذي يقوم بالدفع يتدخل - في إطار العلاقة بين البنك والحامل - ليحكم مدى الحق في الحصول على عمولة، وأحكام الرجوع في حالة عدم تغطية مبلغ الدين بواسطة البنك مصدر البطاقة^(٢).

ثالثاً: في إطار العلاقة بين البنك والتاجر فإن قانون البنك المصدر للبطاقة يكون هو الواجب التطبيق أيضاً. لكن ماهو السند القانوني لهذا الحل؟ قد يقول قائل بأن هذا الحل يجد تفسيره السليم من الوجهة القانونية في أن العقد المبرم بين الجهة المصدرة للبطاقة (البنك) والعميل يتضمن اشتراطاً ضمناً لمصلحة هذا الغير (التاجر) بقبوله التعامل بنظام البطاقة^(٣). مؤدى هذا أن

(١) Stoufflet، البنك وعمليات البنوك، فقرة ١٣٦. فالأمر يتعلق هنا بأثر من آثار عقد البيع بين التاجر والعميل فيدخل في مضمون الفكرة المسندة للعقد. ولذلك يقرر فقه القانون التجارى أنه "إذا تخلفت الجهة المصدرة للبطاقة عن سداد الفواتير الموقعة من حامل البطاقة كان للتاجر أن يرجع عليه، بوصفه دائناً له بمقتضى العلاقة التي تربط بينهما". الدكتور رفعت أبانير، المرجع السابق، ص ٥٣. والواقع أننا لا نقر هذا الرأى فيما ذهب إليه. فمادامنا قد سلمنا بأن التزام البنك في مواجهة التاجر هو التزام ناشئ بالإرادة المنفردة فإن البنك ملزم بالوفاء بقيمة ماتم سحبه بمقتضى البطاقة ولو زاد عما للبنك من رصيد قبل الحامل. ولا يكون ثمة من سبيل أمام البنك إلا أن يوفى للتاجر ويرجع بما وفاه زاندا على العميل الذى أصدر له بطاقة الوفاء. ومايقول به هو الذى أقره صاحب هذا الرأى ذاته في موضع آخر من مؤلفه، انظر المؤلف السابق، ص ٢٥.

(٢) ستوفليه، البنك وعمليات البنوك فى القانون الدولى، المرجع السابق، فقرة ١٣٦.

(٣) ستوفليه وجافاندا، المرجع السابق، فقرة ٦٠٥ ص ٨٢٥؛ ريف لانج وكونتامين رينو، المرجع السابق، فقرة ٣١٩ ص ٤٥٥؛ الدكتور على جمال الدين عوض، عمليات البنوك، فقرة ٥٤٤ ص ٦٦٩؛ الدكتور رفعت أبانير، المرجع السابق، ص ٥٢.

الاشتراط لمصلحة الغير والممثل في "قبول استخدام البطاقة من جانب حاملها كأداة للوفاء بثمن ما يحصل عليه من سلع وخدمات"، يحكمه أيضاً قانون البنك وذلك نزولاً على ما يسلم به فقه القانون الدولي الخاص من قول مفاده أن التعهد عن الغير وكذا الاشتراط لمصلحته من المسائل التي تدخل في مضمون فكرة الالتزامات التعاقدية وتخضع من ثم للقانون الواجب التطبيق عليها^(١).

ونحن من جانبنا لا نؤيد هذا الرأي، ونعتقد أن التزام البنك في مواجهة العميل هو التزام مضمونه أن "الجهة المصدرة للبطاقة تتعهد بسداد الفواتير الموقعة من حامل البطاقة في حدود مبلغ معين، ولو لم يكن لحامل البطاقة رصيد كاف لديها"^(٢)، وترجمة هذا لدينا هو أن التزام البنك هو التزام بالإرادة المنفردة في مواجهة التاجر.

هذا الالتزام - كما ذكرنا غير مرة - يحكمه قانون البنك مصدر البطاقة. وهذه قاعدة تنازع ذات مصدر قضائي ليس لها في القانون المدني قاعدة تشريعية. وهذه القاعدة سند القاضي فيها نص المادة ٢٤ مدني، وهي قاعدة مزدوجة الجانب.

(١) في إخضاع الاشتراط لمصلحة الغير لقانون العقد، الدكتور عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الطبعة التاسعة، ص ٤٧٥، الدكتور فؤاد رياض، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ١٩٩٢، فقرة ٢٦٢ ص ٣٣١، الدكتور هشام صادق، تنازع القوانين، الطبعة الثالثة ١٩٧٤، ص ٦٧٤، الدكتور بدر الدين عبد المنعم شوقي، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، ١٩٩١، ص ١٩٠، الدكتور منصور مصطفى منصور، ص ٣٢٠.

وفي الفقه الفرنسي Niboyet، المطول - الجزء الخامس، ص ١٢٠ وما بعدها باتيفول ولاجارد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة السابعة، ١٩٨٣، فقرة ٦٠٣ ص ٣٢٨ وأحكام القضاء المشار إليها فيه، Mayer، القانون الدولي الخاص الطبعة الرابعة ١٩٩١ فقرة ٧٣٤ ص ٤٥٤.

(٢) الدكتور رفعت أبانير، المرجع السابق، ص ٢٥.

المطلب الخامس فى مسألة الاعتماد أو الضمان

تقديم:

يجرى العمل المصرفى على أن تقدم البنوك الاعتماد أو الائتمان لعملائها. والبنك عند تقديمه لهذا الاعتماد، قد يقدم مبلغاً نقدياً، وقد يكتفى بأن يمنح توقيعه للعميل أو للغير الذى يريد الدخول معه فى علاقة قانونية وترأوده الشكوك والظنون فى قبول التعامل مع عميله دون أن يقدم ضماناً يتمثل فى تدخل شخص موثوق فيه معروف بالملاءة هو البنك.

ومن أبرز صور ضمان المصرف للعميل أمام الغير ثلاث^(١). فقد يقوم البنك بدور الكفيل لعميله أمام دائن هذا الأخير، وهى كفالة تتم على مقتضى القواعد المقررة فى القانون المدنى. وقد تتخذ هذه الكفالة - ثانياً - صورة أخرى من خلق العرف المصرفى لا تستجيب لما تعرفه الكفالة من أحكام، تتمثل فى تعهد البنك فى خطابات الضمان. وأخيراً فإن ضمان البنك قد يكون بمناسبة سحب كمبيالة من جانب العميل، ويتعهد البنك بقبولها وهو ما يساعد على تيسير تداولها وخصمها بسهولة. ونعرض الآن للقانون الواجب التطبيق بشأن هذه العمليات، وهو بحث لا يثور بطبيعة الحال، إلا إذا كان لكل عملية من هذه العمليات صفة الدولية بالمعنى الذى حددناه من قبل.

الفرع الأول الكفالة البنكية

Le Cautionnement Bancaire

الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ الالتزام بأن يتعهد للدائن بالوفاء بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه (م ٧٧٢ مدنى مصرى). والذى يحدث فى الكفالة البنكية أن يقدم البنك توقيعه - بوصفه كفيلاً - لمصلحة عميله المدين

(١) فى شرح هذه الصور فى عمليات البنوك فى القانون الداخلى، الدكتور على جمال الدين عوض، المرجع السابق، فقرة ٤٦٩ وما بعدها، ص ٥٥٩ وما بعدها.

فينفخ فيه من قوة مركزة فيكسبه الثقة التي يفتقر إليها لدى دأننه. هذه الكفالة البنكية هي إحدى الآليات الأساسية للاعتمادات البنكية بمقتضاها يضمن البنك حسن الختام لعقد من العقود La Bonne Fin d'un contrat، أو الوفاء بدين على المدين المضمون (العميل للبنك)^(١). وقد تكون الكفالة مفروضة قانوناً، بمعنى أن يكون المدين ملتزماً بتقديم هذه الكفالة بحكم القانون، أو تنفيذاً للالتزام يقع على عاتقه^(٢).

ومن المعلوم أن الكفالة البنكية لا يختلف تنظيمها في القانون الداخلي عن أية كفالة أخرى يقدمها كفيل عادي لا يمتن العمل المصرفي. فالجميع ينظمه القانون المدني في المواد من ٧٢١ إلى ٨٠١. والسؤال: هل يتمثل وضع الكفالة البنكية مع غيرها من الكفالات الأخرى في الفرض حيث يتعلق الأمر بالعلاقات الخاصة الدولية. وبعبارة أخرى، هل تتميز الكفالة البنكية بذاتية معينة وبحيث يكون القانون الواجب التطبيق مختلفاً عنه في الحالة التي تتم فيها الكفالة من شخص عادي لا يمتن مثل هذا العمل؟

هذا ما نعتقده - وهو اعتقاد يلزم لإبراز معالمه أن نعرض للمسألة بوضوح وتفصيل، فميز بين وضعين: أولهما حيث يكون الكفيل شخصاً عادياً، وثانيهما، حيث يكون الكفيل مصرفاً.

أولاً: الكفالة العادية:

مما لا شك فيه أن تحديد القانون الواجب التطبيق على الكفالة العادية أمر يتحدد في ضوء النظر إلى طبيعة هذا العقد ومضمونه. فمن يرى في الكفالة

(١) والبحث في إمكانية قيام تنازع القوانين في شأن الكفالة البنكية - في هذا الفرض أمر ينطوي على فائدة نظرية بحتة، ذلك أن المشرع المصري يشترط في الكفيل (الذي هو البنك هنا) أن يكون موسراً ومقيماً في مصر (وهو ما يتحقق بكون مركز البنك الرئيسي في مصر أو من كونه فرعاً أو مراسلاً لبنك أجنبي). وفي مجال التقدير نرى أن هذا النص جد منتقد - إذا تعلق الأمر بالعلاقات الخاصة الدولية وهو الغالب في العمليات البنكية؛ ذلك أن تشابك العلاقات التجارية الدولية يستلزم عدم اشتراط إقامة الكفيل في مصر، ويكفي لتحقيق الهدف المتوخى من الكفالة اشتراط أن يكون للكفيل أموال بمصر يمكن التنفيذ عليها.

(٢) في هذا المعنى لوسوران وبريدان، فقرة ٧٦٣، ص ٧٤٢.

عقدًا له دور انتمائي وذاتية خاصة به، سوف يجتهد بحثًا عن قانون يلانم هذه الطبيعة الخاصة. أما من ينظر إلى الكفالة باعتبارها عقدًا ليس مستقلًا ولا قائمًا بذاته، وإنما هو عقد تابع بالنظر إلى أن التزام الكفيل خادم لالتزام المدين الأصلي، فقد يجد إغراءً طاغيًا وجاذبية لا تقاوم للقانون الذي يحكم الالتزام الأصلي فيخضع من تم الالتزام التابع للقانون الذي يحكم الالتزام الأصلي حملًا على أن الفرع يتبع الأصل.

ونحن لا ننكر أن لكل من الإتجاهين بريقًا لامعًا انعكس تأثيره على رأى الفقهاء. فمن تأثر بأن عقد الكفالة عقد تابع نم يتردد في إخضاع الكفالة للقانون الذي يحكم الالتزام الأصلي^(١). وتطبيقًا لذلك، إذا كان الدين الأصلي المكفول قرصًا فإن القانون الذي يحكم الكفالة هو بعينه القانون الذي يحكم عقد القرض. وهكذا بالنسبة لكل التزام يكون مصدره العقد، أو العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو رد غير المستحق أو الفضالة.

جانب آخر في الفقه والقضاء لم يرض عن الرأى السابق. فهم يرون أن عقد الكفالة – وإن كان تابعًا للالتزام الأصلي – إلا أنه عقد متميز بذاته يخضع فى تكوينه لشرائط معينة ويولد آثاراً خاصة، الأمر الذى يبرر إخضاعه لقانون خاص به. ومن ناحية أخرى نحن بصدد عقد جديد، ومن ثم يكون فى مقدور أطرافه – الكفيل والدائن – مكنة اختيار القانون الذى يحكم اتفاقهم هذا^(٢).
من هذا المنظور يذهب الاتجاه الغالب فى الفقه^(٣) والقضاء فى

(١) راجع هذا الرأى معروضاً ومعلقاً عليه:

Jacques Mestre, Les conflits de lois relatif aux surétés personnelles. Traç – com – Français. Dr. int. privé. 1986 – 1987. PP. 57 et SS., V. précisément P 59; Fouchard. Rep. Dalloz dr. int., V. Cautionnement. No 5.

(٢) Jacques Mestre، تنازع القوانين المتعلقة بالتأمينات الشخصية، المرجع السابق، ص ٥٩، Foucahrd، موسوعة القانون الدولى – الكفالة، فقرة ٦.

(٣) Batiffol et Iagarade، المرجع السابق، فقرة ٦١٠، لوسوارن وبوريل، القانون الدولى الخاص، الطبعة الثانية ١٩٨٠، فقرة ٣٨٣، لوسوارن وبريدان، المرجع السابق، فقرة ٦٧٣؛ Mayer، القانون الدولى الخاص، الطبعة الرابعة ١٩٩١، فقرة ٧١٥ ص ٤٤٨، Foucahrd، منشور فى Rep. Dalloz dr. int تحت عنوان cautionnement، فقرة ٦، =

فرنسا^(١) وكثير من الدول الأخرى^(٢) إلى إخضاع عقد الكفالة استقلالاً لقانون الإرادة.

- وعلى ذلك إذا اختار هذا الطرفان قانوناً يحكم عند الكفالة بينهما، فإنه يتعين تطبيقه بوصفه قانون الإرادة الصريحة. كما يجب إعمال الحل ذاته فيما لو أمكن الوقوف على الإرادة الضمنية المؤكدة لأطراف العقد.
- وجه المشكلة يتبدى فيما لو عزف الطرفان عن تحديد القانون الذي يحكم بينهما عقد الكفالة، فماذا عساه يكون الواجب التطبيق عندئذ؟ الكلمة منقذة في الفقه والقضاء على أنه يُفترض - بمقتضى قرينة بسيطة^(٣) - أن أطراف العقد قد قصدوا إلى إعمال القانون الذي يحكم الالتزام الأصلي المضمون.

ويستريح الفقه الفرنسي لهذا الحل. ولاغرائه عندهم وجوه متعددة: فهو حل منطقي يكفل وحدة القانون الواجب التطبيق على كل من الالتزام الأصلي والالتزام التابع، وهي وحدة تتفق وتوقعات الأطراف وتحمي العقود الدولية

J. Derruppé= في J. cl. Dr. int. Fasc. 555، التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ١١٤، Mestre، تنازع القوانين المتعلقة بالتأمينات الشخصية، ص ٥٩ - ٦٠، Stoufflet، البنك وعمليات البنوك في القانون الدولي، فقرة ١٠١، فتح الاعتماد المصرفي في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، فقرة ٣٠ ص ٥٩٦، Freymond، دروس لاهاي، ١٩٧٠، سابق الإشارة إليه، ص ٣٢ وما بعدها.

(١) نقض (عرانض) ٢٧ أكتوبر ١٩٤٣، ١٩٤٦ S، ١٧ تعليق Niboyet، ١٥ فبراير ١٩٧٢، Rev. crit، ١٩٧٣، ص ٧٧ تعليق Batiffol، ١٤ يناير ١٩٧٦، clunet، ١٩٧٧، ص ٤٩٥، تعليق A. Lyon Caen، أول يولية ١٩٨١، Rev. crit، ١٩٨٢، ص ٢١٦ تعليق clunet lagarde، ١٩٨٢، ص ١٤٨ تعليق P. Bourel، باريس ٢١ مايو ١٩٥٧، Rev. crit، ١٩٥٨، ص ١٢٨ تعليق Amiens Franscescakis، في ٢٥ مايو ١٩٧٩، clunet، ١٩٧١، ص ٨٦.

(٢) فهذا الحل هو المعمول به في القانون الألماني والأمريكي، اقرأ في ذلك باتيفول، تنازع القوانين في مسائل العقود، فقرة ٥٢١ وما بعدها ص ٤٢٣ وما بعدها، والمراجع وأحكام القضاء المشار إليها فيه.

ويلاحظ أن القانون السويسري يقول بتطبيق قانون موطن الكفيل، Mestre، المرجع السابق، ص ٦٠. وهامش ١٧ ص ٧٣.

(٣) Mestre، المرجع السابق، فقرة ٦١ ص ٦٠.

المترابطة فيما بينها من أن تتقطع أوصالها بفعل تعدد القوانين التي تكون واجبة التطبيق^(١). كما أن أعمال هذا القانون توجبه اعتبارات التركيز الموضوعي للعملية القانونية، فضلاً عن أنه يحقق الأمان للدائن بحسبان ذلك هو الهدف الأساسي من الكفالة أو الضمان^(٢).

وضع المسألة في القانون المصري:

إذا قلنا باعتبار الكفالة عقداً متميزاً - كما هو الراجح في الفقه والقضاء المقارن - فإن معنى ذلك أنها تخضع لقانون الإرادة الذي قننه المشرع المصري صراحة في المادة ١٩ مدنى. وترتيباً على ذلك فإن هذا العقد يخضع على الترتيب لقانون الإرادة الصريحة، ثم لقانون الإرادة الضمنية في الفرض الذي يسكت فيه المتعاقدان عن إعلان رغبتهما الصريحة في تطبيق قانون معين. فإن لم يكن هذا ولا ذلك، فليس للقاضي المصري أن يقوم بوحى من اجتهاده بتركيز الرابطة العقدية، ذلك أن المشرع المصري قد اضطلع بهذه المهمة وألزم القاضي بإعمالها بصورة جامدة لا تختلف من عقد لآخر. والحالة هذه، فإن القاضي يطبق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين - الكفيل والدائن - إن اتحداً موطناً، وإلا لتعين عليه تطبيق قانون الدولة التي أبرم بها العقد.

وفى تقديرنا أن الحل الذى ينسجم وما عليه العمل فى القانون المقارن هو ذلك الذى يقضى بإخضاع الكفالة للقانون الذى يختاره المتعاقدان صراحة أو ضمناً بصورة مؤكدة، وإلا لكان للقاضي المصري أن يطبق القانون الذى يحكم الالتزام الأسمى نزولاً على أنه الذى يتوجب على القاضي المصري إعماله بالإستناد إلى المادة ٢٤ من القانون المدنى.

(١) Mestre، المرجع السابق، فقرة ٦٠.

(٢) Stoufflet، البنك وعمليات البنوك فى القانون الدولى، فقرة ١٠١، فتح الاعتماد المصرفى فى القانون الدولى الخاص، clunet، ١٩٦٦، المرجع السابق، فقرة ٣ ص ٥٩٦.

إن القول بغير ذلك سوف يفضى بنا - فى ظل الحالة الوضعية لنص المادة ١٩ مدنى مصرى - إلى تطبيق قانون قلما يتحقق فى هذا الشأن (قانون موطن المتعاقدين) أو إلى تطبيق قانون ساقته الصدفة لا يحترم توقعات الأطراف ولا يتفق واعتبارات التركيز الموضوعى (قانون محل اذيرام).

متى قررنا - اجتهاداً - الحكم المتقدم، فإن السؤال الذى يحتاج إلى إجابة، ماهو القانون الذى يحكم الكفالة المصرفية؟.

ثانياً- الكفالة المصرفية:

أحكام الكفالة العادية السابقة، هل تلائم الكفالة المصرفية؟ أم أن لها خصوصية تفرض البحث عن تطبيق قانون آخر؟

يذهب جانب كبير فى الفقه الفرنسى إلى أعمال ذات الحلول السابقة بشأن الكفالة البنكية. فليس ثمة - عندهم - أى تمايز بين الحالتين يودى إلى مغايرة فى القانون الواجب التطبيق بشأن هذه العملية أو تلك^(١). على أن الخلاف قد وقع - عند أصحاب هذا النظر - بشأن نطاق تطبيق الحل.

(١) فمن رأى الأستاذ Stoufflet^(٢) أن القانون الذى يحكم الكفالة البنكية هو قانون الإرادة صريحة كانت أو ضمنية. وفى الحالة التى يلوذ فيها

(١) Mestre، المرجع السابق، ص ٦٥ وما بعدها، Stoufflet، فتح الاعتماد المصرفى فى القانون الدولى الخاص، clunet، ١٩٦٦، ص ٥٩٦ - ٥٩٧، J. cl. Banque et credit، Fasc. 120، فقرة ١٠١٠، قارن Gavalda، موسوعة القانون الدولى، المرجع السابق، فقرة ٧٧، لوسوارن وبريدان، قانون التجارة الدولى، المرجع السابق، فقرة ٦٧٣ ص ٧٤٢ - ٧٤٣.

(٢) البنك وعمليات البنوك، فى القانون الدولى الخاص، clunet، ١٩٦٦، المرجع السابق، فقرة ٧٣٠ ص ٥٩٦ حيث يقول:

"Si le cautionnement est régi, en principe par sa proper loi, on s'accorde généralement pour présumer, que les parties on entendu se soumettre à la loi régissant l'obligation garantie. Pour le cautionnement bancaire. Cette presumption est particulièrement forte lorsque cette garantie est prévue par="

الأطراف بالصمت، فإنه يفترض أن القانون الواجب التطبيق - من حيث المبدأ - هو القانون الذى يحكم الالتزام الأسمى المضمون.

مؤدى ذلك أن القانون الذى يحكم الالتزام الأسمى (المضمون) هو الذى يحكم من حيث المبدأ - العلاقات بين الكفيل caution والدائن creancier . فهذا القانون هو الذى يُحدّد نطاق ومدة الكفالة، وشروط إعمالها (الدفع بالتجريد) وأسباب انقضائها.

وبالمقابل، فإن العلاقة بين الكفيل والمدين الأسمى، أى بين البنك وعميله، يحكمها ليس القانون الذى يحكم الالتزام الأسمى المضمون وإنما يحكمها قانون البنك^(١). فهذا القانون هو الذى يحكم شروط منح الكفالة وكذا المسؤولية فى حالة رفض البنك تنفيذها.

(٢) من جانبها يرفض الأستاذان لوسوران وبريدان الأخذ بهذا الرأى. وتتأتى كراهيتهما للرأى السابق لما يرتبه فى مضار ومايؤدى إليه من معاييب: إنه رأى يؤدى إلى تمزيق العقد الدولى وتقطيع أوصاله بين أكثر من قانون، وله مخاطر أبرزها تداخل نطاق التنازع بين القانونين المقال بإعمالها^(٣).

والحال كذلك يذهب هذا الفقيهان إلى إخضاع الكفالة البنكية للقانون الذى يحكم الالتزام الأسمى المضمون، وهو إخضاع يتم دون محاولة التجزئة

=une loi ou un règlement car alors ce n'est pas seulement l'intention des parties qui la justifie mais le fait que l'on conçoit mal q'une garantie imposée par une loi soit soumise à une loi differente. Mais meme si loi cautionnement est facultative, il y a une raison objective de préférer la loi régissant l'obligation garantie en l'absence d'une intention contraire exprimée par les parties. C'est elle qui assure le mieux la sécurité du créancier, but de l'opération. Non pas parce qu'elle est nécessairement la plus avantageuse pou lui, mais parce que l'identité de la loi applicable à l'obligation du débiteur principal et à celle de la caution confère à la garantie beaucoup plus de clarté et de précision, et par suite une plus grande qualité".

(١) clunet، Stoufflet، ١٩٦٦، ص ٥٩٦، Gavalda، موسوعة القانون الدولى، فقرة ٧٧.

(٢) لوسوران وبريدان، قانون التجارة الدولى، المرجع السابق، فقرة ٦٧٣، ص ٧٤٢ - ٧٤٣.

بين العلاقات المترتبة على الكفالة كما فعل أصحاب الرأى الأول^(١).

وضع المسألة فى القانون المصرى:

نقرر ابتداءً أنه إذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمناً بصورة مؤكدة على تطبيق قانون البنك على عقد الكفالة البنكية، كان هذا القانون هو الواجب التطبيق. هذا الفرض لا يثير أدنى مشكلة وعليه تستقر أحكام القضاء^(٢) ويجمع الفقه^(٣)، وواجب التطبيق فى مصر إعمالاً لحكم المادة ١٩ التى توجب إعمال قانون الإرادة الذى اتفق عليه الأطراف.

لكن ما هو الحل فيما لو لم يعلن الأطراف عن إرادتهما؟

وجه المشكلة يتبدى فى الفرض الذى لا يأتى فيه الأطراف صراحة على تطبيق القانون الذى يحكم الكفالة المصرفية، فما هو الحال الذى يبدو ملائماً فى هذا الصدد؟

نحن نرى تطبيق قانون البنك الكفيل، وثمة فى تقديرنا جملة من الاعتبارات تبرر الأخذ بهذا الحل: أولها: صفة الكفيل وكونه بنكاً يدخل فى نطاق نشاطه، وبحكم مهنته، تقديم خدمات مصرفية انتمائية^(٤). فمن الخطأ القول بطريقة مجردة أنه فى كل مرة يكون ثمة عقدان أحدهما أصلى والآخر

(١) لوسوارن وبريدان، المرجع السابق، ص ٧٤٣، حيث يؤكدان أن الخلاف بينهما وبين الرأى السابق خلاف نظرى، ذلك لأن عقود الكفالة البنكية عادة ما تتضمن شروطاً تقضى صراحة بإخضاعها لقانون البنك. وعند ذلك يتم استبعاد القانون الذى يحكم الالتزام الأصلى المضمون استبعاداً كلياً.

(٢) محكمة السين التجارية، ٢٦ يونية ١٩٦٤، مجلة البنك ١٩٦٤، ٦٢٤؛ استئناف باريس ١٨ ديسمبر ١٩٦٥، مجلة البنك، ١٩٦٦ - ص ٢٨٠، ملاحظات Marin.

(٣) Stoufflet، البنك وعمليات البنوك، المرجع السابق، فقرة ١٠١، فتح الاعتماد فى القانون الدولى الخاص، clunet، المرجع السابق، ص ٥٩٦، Gavalda، موسوعة القانون الدولى، المرجع السابق، فقرة ٧٧، لوسوارن وبريدان، المرجع السابق، ص ٧٤٣.

(٤) فى هذا المعنى، باتيفول ولاجار، المرجع السابق، فقرة ٦١٠، ص ٣٣٨، P. Freymond، مسائل فى القانون المصرفى الدولى، دروس لاهأى، ١٩٧٠ المرجع السابق، ص ٣٤.

تابع، يكون القانون الواجب التطبيق عليهما واحداً وهو القانون الذي يحكم العقد الأصلي^(١). وثانيها، أن الأداء الذي يضطلع به البنك هنا يعد هو الأداء المميز في العملية بالنظر إليه في ذاته لا بوصفه القانون الذي يحمى مصالح البنك^(٢). فليس صحيحاً ما يقال^(٣) به من أن في إخضاع الكفالة للقانون الذي يحكم الالتزام الأصلي المضمون حماية لمصلحة الدائن. فلا يُعقل أن يكون قانون البنك ضد مصلحة المدين بصورة مطلقة. بل إن العكس قد يكون هو الصحيح. فمن الصعب القطع مسبقاً بأن قانون البنك يحمى مصلحة الدائن ويخاصم مصلحة المدين.

وهذا الذي نرجحه تسلم به أحكام القضاء^(٤) ويقول به جمهور الفقهاء في فرنسا^(٥) وتفتنه اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ والتشريعات التي أخذت بأحكامها.

(١) Lagarde، في تدخله في المناقشات التي أعقبت تقرير الأستاذ Mestre، المنشور في أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص، ١٩٨٦ - ١٩٨٨، ص ٧٧ - ٧٨.

(٢) Bischoff، في تدخله للتعليق على المناقشات التي أعقبت تقرير الأستاذ Mestre، أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٧٩.

(٣) Mestre، في رده على تدخل الأستاذ Bischoff في التعليق على المقال السابق، ص ٧٩.

(٤) محكمة باريس الابتدائية (الغرفة الرابعة)، ٢٦ يناير ١٩٨٣، D. S.، ١٩٨٣، (معلومات سريعة) ٢٩٧ ملاحظات Vasseur؛ استئناف باژيس، ٢٩ يناير ١٩٨١، دالوز ١٩٨١، ١، ٣٣٦ تعليق Vasseur. وبهذا الحل يأخذ القضاء السويسري تطبيقاً لقانون موطن البنك أو مقره، المحكمة الفيدرالية السويسرية، ١٢ سبتمبر ١٩٧٤، J.، ١٩٧٦، ص ٧١١، مع ملاحظات Lalive. كما تأخذ بذات الحل المادة ٣/١١٧ د من القانون الدولي الخاص السويسري، أنظر المجلة الانتقادية (Rev - crit) ١٩٨٨، ص ٤٠٩، وقرأ للأستاذين Knoppfler و Schweizer، القانون الفيدرالي السويسري الجديد بشأن القانون الدولي الخاص (الجزء العام) "المجلة الانتقادية" ١٩٨٨، ص ٢٠٧ وما بعدها.

(٥) من هؤلاء الفقهاء: باتيفول ولجاراد، المرجع السابق، فقرة ٦١٠، Mayer، الطبعة الرابعة ١٩٩١، فقرة ٧١٥ - هامش (٤٢) ص ٤٤٨، وأنظر أيضاً في هذا الاتجاه Mayer، تدخله في المناقشات على تقرير Mestre السابق ذكره، ص ٨٠، Jeantet، تدخله في المناقشات على ذات التقرير، ص ٨٠، Freymond، مسائل في القانون المصرفي الدولي، دروس لاهاي ١٩٧٠، ص ٣٤، حيث يقول:

"il existe un seul cas dans lequel il pourrait éventuellement se justifier de rattacher le cautionnement au lieu de la prestation caractéristique, c'est - à - dire au domicile de la caution: celui où le cautionnement est accordé par une banque dans le cadre=

=de ses activités professionnelles. Il arrive en effet fréquemment que deux parties à contrat prévoient qu'une banque cautionnera leurs obligations. En l'espèce, tout regard son caractère accessoire, le cautionnement apparait comme une venton particulière, nettement indépendante sur le plan économique".

لاجارد في تدخله في المناقشات التي أعقبت تقرير Mestre السابق الإشارة إليه
ص ٧٨ حيث يقول:

Par ailleurs et je m'aventure ici dans un domaine qui n'est pas du tout le mien Lorsque vous avez dit qu'il fallait maintenir la presumption que vous posez dans le cas d'un cautionnement donné par une banque et que si la banque voulait voir sa loi applicable il faudrait qu'elle fasse un choix exprès de sa loi. Je ne suis pas sûr que cela corresponde à la pratique et j'ai quand même le sentiment que pour la banque donne une operation tellement professionnelle, en.. entrant tellement dans le cadre de sa profession. Que pour, ma part Je pense que la presumption devrait plutôt jouer en faveur de la loi de la banque".

وأنظر أيضا، الأستاذ Bischoff، تدخله في المناقشات التي أعقبت التعليق على التقرير السابق، ص ٧٨ - ٧٩ حيث يقول:

"Pour continuer dans le sens que disait M. Lagarde, moi, J'ai également été un peu frappé par les solutions que vous donniez pour le cas où le garant est une banque ou un Etat, ou un société d'assurance. Et au fond cela pose le problème de savoir sur quels critères on essaie de déterminer la loi applicable à un contrat en l'absence de volonté exprimé. Il y a localisation bien sûr, mais peut - être aussi une autre idée donc je crois quelle est importante et qui est d'essayer de faire en sorte que la loi qu'on déclarera applicable soit celle qui, de fait, A probalement été prise en consideration dans la confection du contrat. Et. Cela vien renforcer à nouveau la loi de la prestation caractéristique. La loi du professionnel, la loi professionnel. La loi banquier. Le contrat, même s'il n'exprime pas la loi selon laquelle il a été conclu, a bien été prepare par une des deux parties: il y a beaucoup plus de chances que ce soit le banquier ou la compagine d'assurances et il est donc probablement plus opportune de faire régir le contrat par la loi qui a été de fait. implicitement ou en arriere - plan prise en consideration quand on a stipulé les clauses matérielles du contrat qu d'en prendre une autre, cela parait être une des justifications. De façon générale, de la loi de la prestation caractéristique qui est la loi du professionnel, même si-ce n'est pas très satisfisant pour l'idée qu'il faut protéger la vaut mieux choisir la loi qui pratiquement aura été prise en consideration même si l'organist e n'a pas poussé sa puissance jusqu'à dire expressis verbis qui c'est cette loi - la qui s'applique.

وأنظر أيضا في ذات الاتجاه فاسير في تدخله في المناقشات التي أعقبت تقرير Mestre السابق ذكره، ص ٧٩ حيث يقول:

"Je suis en faveur de l'application de la loi de la banque. Je l'ai souvent soutenu et je pense quelle est la loi de la prestation la plus caractéristique; l'argument qui vient d'être donné me parait un argument supplémentaire mais je n'ai pas d'hésitation quant à la solution. Lorsque le client vient demander à la banque son cautionnement. Il vient demander une service à la banque et il est normal que la banque - même=

مرة أخرى نعاد طرح السؤال: ما هو الحل المتصور إعماله من الناحية الوضعية في القانون المصري؟ لا مشكلة فيما لو اتفق الأطراف صراحة أو ضمناً بصورة مؤكدة على تطبيق قانون معين (م ١٩ مدنى). وفى حالة عدم الإعلان عن الإرادة نرى عدم ملاءمة الضوابط الاحتياطية المقررة بمقتضى المادة ١٩، ويكون قانون المصرف الكفيل هو الواجب التطبيق. ويمكن للقضاء المصرى أن ينسب هذا الحل فى رأينا إلى إرادة المشرع المودعة فى المادة ٢٤ مدنى التى تخول له مكنة الرجوع إلى المبادئ العامة فى القانون الدولى الخاص لخلق قاعدة الإسناد التى من شأنها أن تحقق الحل الملائم للمسألة المطروحة عليه عند غياب الإسناد التشريعى أو قصوره أو عدم ملاءمته.

الفرع الثانى

خطاب الضمان

خطاب الضمان^(١) هو عبارة عن تعهد مكتوب يصدره البنك الضامن Garante، بناء على طلب عميله الأمر بصدد عملية أو غرض محدد، يلتزم

=s'il na point été dit quelle serait la loi applicable – parte de l'idée que c'est sa loi que va se trouver applicable parce que c'est véritablement la loi de la prestation la plus caractéristique. Et. Je pense que là une dominante de la jurisprudence aussi bien française qu'étrangère, qu'il s'agisse de cautionnement ou d'autres opérations d'une façon tout à fait générale, lorsqu'il y a absence de détermination expresse relativement à la loi applicable à une opération à laquelle une banque est mêlée. La loi qui se trouve appliquée par les tribunaux est la loi de la banque; par conséquent, je crois qu'il n'y a pas de solution plus particulière à propos du cautionnement".

(١) فى دراسات مفصلة عن خطابات الضمان المصرفية، راجع الدكتور على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية ١٩٩١، ومولفه فى عمليات البنوك، ١٩٨٩، ص ٥٦٩ وما بعدها، الأستاذ مصطفى مرعى، خطابات الضمان عملياً ونظرياً، معهد الدراسات المصرفية – فبراير ١٩٧٥، الدكتور سميحة القليوبى، النظام القانونى لخطابات الضمان المصرفية، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ٤٢ ص ١ وما بعدها.

واقراً فى الفقه الفرنسى:

Mattout, Droit Bancaire international, op. cit., P. 243 et SS.; stoufflet, la garantie bancaire à première demande, clunet 1987, P. 265, 6 etss. J. Dohm, les garanties=

بمقتضاه بأن يدفع إلى طرف ثالث، هو المستفيد، مبلغاً معيناً من النقود عند أول طلب منه *à la Première demande*، سواء أكان طلباً مجرداً أو مصحوباً بتقديم مستندات محددة في الخطاب يقدمها المستفيد، خلال أجل سريانه رغم أية معارضة قد يحتج بها على العمل المضمون^(١).

هذا، وقد عرفت المادة ٣٥٥ من التقنين التجارى الجديد خطاب الضمان بأنه "تعهد يصدر من البنك بناء على طلب شخص (يُسمى الأمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (يُسمى المستفيد)، إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة". كما نصت الفقرة الثانية من ذات النص على أنه "تسرى فيما لم يرد بشأنه نص أو عرف في هذا الفرع القواعد والعادات السائدة في المعاملات الدولية بشأن خطاب الضمان". وخطابات الضمان التي تعيننا هي خطابات الضمان الدولية التي تصدر في شأن عمليات تتم عبر الحدود عادةً ما يكون أحد أطرافها غير مقيم في مصر. وهي تنقسم إلى نوعين^(٢):

الأول: خطابات الضمان الخارجية الواردة وهي تصدر بناء على تعليمات من المراسلين في الخارج لصالح مستفيدين في مصر.

الثاني: خطابات الضمان الخارجية الصادرة: وهي تصدر بناء على تعليمات مُصدر الأمر المحلى لصالح مستفيدين في الخارج.

وهذه الخطابات بنوعها "تؤدي دوراً هاماً في الحياة الاقتصادية بوجه عام والتجارة الخارجية بوجه خاص. ولعل أهم ما تحققه في هذا المجال أنها

=bancaires dans le commerce international. Berne 1986, Gavalda et stoufflet, la lettre de garantie internationale. Rev. trim. Dr. com. 1980. P. I et ss.

(١) اقرأ في تعريف خطاب الضمان، الدكتور على جمال الدين عوض، خطابات الضمان فقرة ١ ص ٣ وما بعدها.

(٢) في أهمية هذين النوعين من الخطابات - اقرأ تفاصيل متعددة عن الدكتور على جمال الدين عوض، خطابات الضمان، المرجع السابق، فقرة ٣٠ وما بعدها ص ٣٦ وما بعدها؛ الأستاذ مصطفى مرعى، خطابات الضمان عملياً ونظرياً، فبراير ١٩٧٥ - الدراسات المصرفية، ص ٢٨ وما بعدها.

تحل محل التأمينات النقدية التي كان يتعين في الأصل تحويلها من وإلى البلاد الأجنبية ضماناً للعمليات التي يكون أحد طرفيها غير مقيم. وصارت بهذا الحلول تغنى عن تحويل هذه الأموال ثم إعادة استردادها عند انتهاء الغرض منها. وبالتالي لم يعد وارداً ما كان يترتب على ذلك من تحمل مصاريف وعمولات إضافية ومن تجشم خسائر نتيجة لتغير أسعار صرف العملة الأجنبية في تاريخي التحويل والاسترداد"^(١).

ويلاحظ بادئ ذي بدء أن خطاب الضمان ينشأ من إرادة البنك في أن يلتزم بإرادته المنفردة ويكون التزامه نهائياً لا رجعة فيه، مجرداً وبتاً بمعنى أنه مستقل عن العلاقة بين البنك والعميل، وعن العلاقة بين العميل والمستفيد ولا يجوز الرجوع فيه أو الامتناع عن الدفع مهما كانت الأسباب التي يمكن أن يتمسك بها لتبرير هذا الامتناع^(٢)، متى وصل الخطاب إلى علم المستفيد ولم يرفضه. وعادة ما يكون خطاب الضمان مصحوباً بضمان مقابل يمنحه بنك آخر للبنك مصدر الضمان الأول. ويتمتع الضمان المقابل بذات الخصائص التي يتمتع بها الضمان الأول.

والواقع من الأمر أن ثوران التنازع بخصوص هذه الخطابات أمر وارد ولكن نطاقه محدود، نعرض لذلك (أولاً)، ثم نحدد القانون الواجب التطبيق (ثانياً) عارضين بعد ذلك (ثالثاً) للقانون الذي يحكم بعض صور الضمان، مثل الضمان المقابل والضمان الجماعي وما يشته به من أنواع.

أولاً: محدودية حالات التنازع:

لا شك هذه الخصائص الجوهرية التي يتميز بها خطاب الضمان تؤثر على المسألة الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق. فهذه الخطابات من خلق

(١) الدكتور على جمال الدين عوض، خطابات الضمان ١٩٩١، المرجع السابق، فقرة ٣٠ ص ٣٦.

(٢) راجع الدكتور على جمال الدين عوض، خطابات الضمان، المرجع السابق، فقرة ٩٠، ص ١٠٩، وهامش ١ من ذات الصفحة والمراجع المشار إليها فيه.

انعرف المصرفى، إلا أن الواقع الذى تعمل فيه بعيد عن أن يتم توحيدده. فوق نذك، فإنه على فرض تنظيمه تشريعياً كما حدث فى بلدان عديدة، مثل ألمانيا وسويسرا وإيطاليا وأخيراً التقنين التجارى المصرى الجديد (المواد من ٣٥٥ - ٣٦٠) فإنه لا يتصور أن يكون هذا التنظيم متماثلاً^(١).

إذن تتنازع القوانين بشأن خطابات الضمان الدولية واردة، ومع ذلك محدود. ويرجع ذلك - كما يشير البعض^(٢) - إلى سببين أساسيين: حاصل أولهما: أن الكثرة الغالبة من خطابات الضمان عادةً ما تنطوى على اتفاق صريح بشأن القانون الواجب تطبيق. ومقتضى ثانيهما: أن معظم المسائل التى تثار أو تعرض بين الأطراف عادةً ما تجد لها حلاً فى صيغة الخطاب الصادر عن البنك؛ ذلك أن نصوص خطاب الضمان عادةً ما تتعرض تفصيلاً لكافة للمسائل دون أن تترك مسألة يتوقف حسمها على معرفة القانون الواجب للتطبيق^(٣).

ثانياً: القانون الذى يحكم العلاقات الناشئة عن خطاب الضمان فى صورته المعتادة:

يظهر مما سبق أن تتنازع القوانين بخصوص خطاب الضمان أمر واردة على قلة حالاته. ومن هنا وجب تحديد القانون الذى يحكم العلاقات الناشئة عنه

(١) فى هذا المعنى، Stoufflet، البنك وعمليات البنوك فى القانون الدولى المرجع السابق، فقرة ١٠٧.

(٢) Mattout، القانون المصرفى الدولى، ١٩٨٧، سابق الإشارة إليه، ص ٢٦٣ - ٢٦٤.

(٣) ويشير فقه القانون التجارى بصفة عامة إلى أن "البنك عموماً يصير، لصالحه الخاص وحرصاً على سمعته الدولية، على أن يكون الخطاب واضحاً فى عباراته بقصد تفادى المنازعات التى تنشأ عند مطالبته بتنفيذ تعهده". وفى ذلك يرى أن على البنك:

- أن يطلب تدوين العبارة التى تمنع إقحام البنك فى المنازعات التى تنشأ بين المُصدر (عميله) وبين المورد (المستفيد) عند طلب الوفاء.
- عليه أن يقترح البعد عن العبارات المتناقضة.
- ألا يطبع عميله فيصدر الخطابات بالصيغة التى يقترحها وعيناه مغمضتان. راجع الدكتور على جمال الدين عوض، خطابات الضمان، المرجع السابق، فقرة ٩٠، ص ١٠٩ وهامش (١) من ذات الصفحة والمراجع المشار إليها فيه.

متى كان دولياً. وللوقوف على هذا القانون يلزم أن نميز بين العلاقات الآتية.

أ- العلاقة بين العميل الأمر Le donneur d'ordre والبنك الضامن: هذه العلاقة يحكمها القانون المتفق عليه صراحة أو ضمناً بصورة مؤكدة تطبيقاً لنص المادتين ١٩ و ٢٤ مدنى مصرى. وفى حالة عدم الاتفاق على اختيار القانون الواجب التطبيق، يلزم إعمال قانون البنك. فوفق هذا القانون تتحدد شروط إصدار الضمان المترتبة على تأخر البنك فى فتح الاعتماد بالتوقيع^(١).
والغالب ألا يتم اللجوء إلى هذا القانون أو ذلك. ويرجع السبب فى ذلك إلى أن الشروط التى ترد فى إتفاق إصدار الخطاب غالباً ما تغطى كافة هذه المسائل. فهى تتضمن عادةً أدق التفاصيل باعتبار أنها ترجمة حقيقية لكم من الموروثات التى أفرزها الواقع وأنتجتها الخبرات والتجارب فكان أن جرت بها الأعراف التجارية.

ب- العلاقة بين العميل الأمر والمستفيد:

هذه العلاقة يحكمها أصلاً العقد المُبرم بينهما. وهذا العقد قد يكون عقد توريد أو مقاوله أو عقداً من عقود الأشغال العامة. "وهذه العلاقة لا شأن للبنك بها. فهو لا يضمن قيام عميله بتنفيذها ولا يراقب هذا التنفيذ ولا يحل محله فيه"^(٢).

(١) فى هذا المعنى Stoufflet، البنك وعمليات البنوك فى القانون الدولى، المرجع السابق، فقرة ١٠٨.

و فالعقد بين الأمر (المصدر أو المقاول) وبين البنك (فاتح الاعتماد بالضمان) هو عقد اعتماد بالتوقيع. فإذا لم تكن ثمة علاقة سالفة بين الأمر والبنك تسمح للأمر بأن يطلب هذا الضمان بشروط، فإن البنك لا يكون ملزماً بإصداره، أما إذا كان بينهما علاقات سابقة، فإن البنك يكون ملزماً بقبول طلب العميل (الأمر) متى كانت صيغة الخطاب وظروف البنك تسمح بإصداره، وإلا كان له رفضه. على أنه متى قبل البنك إصدار الخطاب ولكنه تلكأ أو تأخر فى إصداره، أو أصدره ولكن بصيغة أخرى غير تلك المطلوبة منه، كان بذلك مسئولاً عما يلحق العميل من ضرر.

(٢) الدكتور على البارودى والدكتور محمد فريد العرينى، المرجع السابق، ص ٣٥١ - ٣٥٢.

والحال كذلك فإن هذه العلاقة التي بسببها وجد خطاب الضمان في الأصل، تعد علاقة مستقلة يحكمها القانون الخاص بها متى كانت علاقة دولية. ومن ثم يحكمها نص المادة ١٩ / ١ مدنى بكل مفرداته. بمعنى أنه يسرى بشأنها قانون الإرادة الصريحة أو الضمنية، فإن لم يوجد سرى قانون موطن المتعاقدين إن اتحدا موطناً وإلا فإنه يُطبق قانون محل الإبرام.

ج - العلاقة بين البنك الضامن والمستفيد (المستورد أو رب العمل):
قد يختلف الرأى بشأن تحديد القانون الذى يحكم هذه العلاقة بحسب تكييف أو تحديد طبيعة التزام البنك. وفي هذا الشأن:

١ - قد يقال بأن التزام البنك الناشئ فى مواجهة المستفيد بموجب خطاب الضمان يعد كفالة ومن ثم يتعين خضوعه للقانون الذى يحكم الدين الأسمى المضمون^(١)، أى الذى صدر بسببه خطاب الضمان. غير أن هذا النظر ليس سليماً، ذلك لأن التزام البنك فى هذه الصورة من صور الضمان يجب الوفاء به بمجرد طلبه باعتباره التزاماً مستقلاً ونهائياً^(٢). فالتزام البنك هنا ليس التزاماً تابعاً وإنما هو التزام مباشر ونهائى ومستقل عن العلاقة التى صدر بسببها،

(١) نقض فرنسى ١٥ فبراير ١٩٧٢ - المجلة الانتقادية ١٩٧٣ ص ٧٧، تعليق باتيفول.
(٢) فى هذا المعنى Mattout، القانون المصرفى الدولى، المرجع السابق فقرة ٢٠٩ ص ٢٦١.

وفى مصر تجرى أحكام النقض على هذا المعنى. وفى ذلك تقول المحكمة "إن خطاب الضمان وإن صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذى صدر خطاب الضمان لصالحه هى علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل، إذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد إصداره ووصوله إلى المستفيد بوفاء المبلغ الذى يطالبه به هذا الأخير باعتباره حقاً له يحكمه خطاب الضمان، ما دام هو فى حدود التزام البنك المبين به...". (نقض ٥٧ مايو ١٩٦٩ - المجموعة عدد ٢٠ ص ٨١١).

والحكم وإن كان صادراً فى شأن القانون الداخلى إلا أن انعكاساته على الحل المتصور اعتناقه فى شأن العلاقات الخاصة الدولية واضح. فالضمان هنا ليس بالقطع كفالة ولا يحكمه من ثم - فى القانون الدولى الخاص - القانون الذى يحكم الالتزام الأسمى المضمون.

ومن ثم لا يمكن إعمال هذا الضابط^(١).

وعلى سبيل الفرض الجدلى أن التزام البنك هنا الناشئ عن خطاب الضمان يعد "كفالة"^(٢) - وهو ما ليس بصحيح بالمرّة - فإن القانون الواجب التطبيق هو أيضاً قانون البنك. فلقد سبق أن أكدنا أن الكفالة التي تصدر عن شخص بحكم وظيفته - بنكاً كان أو شركة تأمين مثلاً - تكون لها ذاتيتها ويحكمها القانون الخاص بها، قانون الإرادة المتفق عليه صراحة أو ضمناً بصورة مؤكدة، أو قانون البنك. فإذا كان ذلك كذلك، فإن قانون البنك الضامن يكون هو الواجب التطبيق حتى ولو كان البنك قد تعهد بدفع الدين الثابت في الخطاب بالتضامن مع المدين الأصلي، ذلك أن التزام البنك في هذه الحالة لا يخلع عنه صفته المستقلة.

٢- وقد يُقال بأنه لما كان التزام البنك هو التزام مستقل ونهائي فإن القانون الواجب التطبيق بشأن هذه العلاقة يكون هو قانون البنك مصدر خطاب الضمان. ففي هذا المكان يتم الأداء المميز أو الفذ أو المحورى في العملية. كما أن إعمال قانون البنك (أو الفرع أو المراسل) تفرضه بطبيعة الحال، آلية عمل الضمان ووظيفته. إلى ذلك، فإنه يدعم من تطبيق هذا القانون أن المصرف يقوم بهذه العملية بوصفها من العمليات الداخلة في نشاطه المعتاد^(٣) التي يؤديها بحكم مهنته. كل ذلك، ما لم يكن ثمة اتفاق في الخطاب على تطبيق قانون

(١) في هذا المعنى، جافالدا وستوفليه، خطاب الضمان الدولي، المجلة الفصلية للقانون التجارى، ١٩٨٠ ص ١ وما بعدها، أنظر فقرة ٢٦.

(٢) نقض فرنسى ٢ فبراير ١٩٨٨، دالوز ١٩٨٨ - ص ٢٣٩، تعليق فاسير، وفي التفاصيل أنظر الدكتور على جمال الدين عوض، خطابات الضمان، المرجع السابق، ص ١٦٤، وما بعدها، وفي الفقه الفرنسى:

Stoufflet, la garantie bancaire à première demande, clunet, 1987, P. 265 etss. V. No 9 etss, P. 270 etss.

(٣) فى هذا المعنى، Stoufflet، الضمان المصرفى لدى أول طلب clunet، ١٩٨٧، المرجع السابق، ص ٢٦٥، أنظر بالتحديد، فقرة ١٥ ص ٢٧٤.

نقر^(١).

هذا الحل هو بذاته الذي اعتنقته غرفة التجارة الدولية في قواعدها الموحدة المتعلقة بالضمانات العقدية (م ١٠). كما قال به قرار التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس حين قضى بتطبيق القانون البلجيكي على ضمان صادر من بنك بلجيكي وواجب النفاذ في بلجيكا^(٢).

هذا، والحل المتقدم هو المقبول عند الفقه في مصر^(٣) وفرنسا^(٤)، وله تطبيقات في القضاء^(٥).

٣- ونحن نعتقد أن تطبيق قانون البنك على هذه العلاقة هو الحل السليم والصائب الذي يوافق حكم القانون. غير أننا نقرر ذلك من خلال منظور آخر. فطواقع أن ثمة حقائق قانونية مستقرة بشأن الأثر المترتب على خطاب الضمان في إطار العلاقة بين المصرف والمستفيد: الحقيقة الأولى: أن البنك في خطاب ضمان يلتزم بصفته أصيلاً في مواجهة المستفيد وأنه ليس للعميل المعارضة

(١) ويقرر الأستاذ Stoufflet (البنك وعمليات البنوك...، فقرة ١٠٩) أنه إذا تم تنفيذ الخطاب في دولة أخرى، غير دولة البنك الذي أصدر الضمان كان قانون دولة التنفيذ هو الواجب التطبيق. على أن هذا الفرض قليل الحدوث في العمل.

(٢) قرار التحكيم رقم ٣٣١٦ - ١٩٧٩ - Clunet - ١٩٨٠، ص ٩٧٠ ملاحظات Derains.

(٣) الدكتور على جمال الدين عوض، خطابات الضمان ١٩٩١، المرجع السابق، فقرة ٦٦، ص ٨٢ حيث يقول: "ينطبق قانون البنك الضامن على خطاب الضمان، لأن عقد الضمان لا يولد سوى التزام على البنك. فمحل هذا البنك هو الذي يجذب إليه القانون المنطبق".

(٤) Stoufflet، الضمان المصرفي لدى أول طلب، clunet، ١٩٨٧، سابق الإشارة إليه، فقرة ١٥ ص ٢٧٤، البنك وعمليات البنوك، المرجع السابق، فقرة ١٠٩، Vasseur، تعليقه على حكم محكمة استئناف Luxembourg ١٦ مارس ١٩٨٣، دالوز ١٩٨٣، I. R.، ص ٢٩٩، وأيضاً في Rép - com تحت عنوان Garantie independante فقرة ٧١، جافلدا وستوفليه، خطاب الضمان الدولي، Rev. trim. Dr. com.، ١٩٨٠، ص ١ وما بعدها، فقرة ٢٦، Dohm، الضمانات البنكية في التجارة الدولية، بيرن ١٩٨٦، ص ١٤٥، Mattout، القانون المصرفي الدولي، المرجع السابق، فقرة ٢٦٣.

(٥) استئناف لوكمسبورج، ١٦ مارس ١٩٨٣، دالوز ١٩٨٣، (معلومات سريعة) ص ٢٩٩ ملاحظات Vasseur، استئناف باريس ٢٦ يوليو ١٩٨٤، بنك ١٩٨٥ ص ٨٥٧، تعليق ريف لانج.

فى الوفاء للمستفيد. وفى ذلك تنص المادة ٣٥٨ من القانون التجارى الجديد على أنه "لا يجوز للبنك أن يمتنع عن الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالأمر أو إلى علاقة الأمر بالمستفيد". الحقيقة الثانية: أن خطاب الضمان شخصى للمستفيد، بمعنى أن البنك الذى يصدره إنما يتعهد بالوفاء لشخص محدد هو المتعاقد مع عميل البنك الذى صدر الخطاب بناء على طلبه "ومن ثم لا يجوز للمستفيد التنازل عنه للغير، حتى ولو بالتبعية لتنازله عن العقد الذى أبرمه مع العميل إلا بموافقة البنك وبشرط أن يكون هذا الأخير مأذوناً من قبل الأمر بإعطاء هذه الموافقة"^(١). وفى ذلك تنص المادة ٣٥٧ من القانون التجارى الجديد على أنه "لا يجوز للمستفيد التنازل عن حقه الوارد بكتاب الضمان إلا بموافقة البنك، وبشرط أن يكون البنك مأذوناً من قبل الأمر بإعطاء هذه الموافقة".

فى ضوء هاتين الحقيقتين نرى مع البعض أن التكيف السليم لالتزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان أنه إلتزام بالإرادة المنفردة بالكيفية والمدى الذى حدده البنك فى الخطاب.

التزام البنك بالإرادة المنفردة على هذا النحو، هل يسرى بشأنه نص المادة ١٩ / ١ من القانون المدنى المصرى؟

أ- ناقشنا هذه المسألة من قبل وأكدنا أن حكم هذا النص لا يسرى بالنسبة للالتزامات التى تنشأ بالإرادة المنفردة. وقلنا أن حكم المادة المذكورة يسرى بالنسبة للالتزامات العقدية سواء تعلق الأمر بعقد ملزم للجانبين أم بتصرف ملزم لجانب واحد. كما أكدنا أن حكم هذه المادة لا يسرى بشأن الإلتزامات الانفرادية التى تنشأ بإرادة واحدة. وقد بررنا ذلك بما يلى:

- المادة ١٩ / ١ تتكلم عن القانون الذى يتفق عليه المتعاقدان صراحة أو ضمناً ونحن فى الإلتزامات الانفرادية لا نوجد إلا بصدد إرادة واحدة. هذه الإرادة

(١) الدكتور على البارودى والدكتور محمد فريد العرينى، ص ٣٥١.

لا يصح أن نترك لها منفردة تحديد القانون الواجب التطبيق وإلا لاخترت قانوناً يحكم الوعد بالجائزة مثلاً من شأنه أن يأخذ بالشمال ما أعطاه الملتزم باليمين.

- وفي الضوابط الاحتياطية تتكلم المادة ١٩ / ١ عن قانون موطن المتعاقدين إن اتحدا موطناً، وهذا أمر غير قائم بالنسبة للالتزامات التي تنشأ بالإرادة المنفردة. فأقصى ما يمكن تصوره هو أن نكون بصدد موطن للملتزم، وليس هذا حتماً هو ما يقصده المشرع في المادة ١٩ / ١.

- كما أن محل إبرام العقد - وهذا هو الضابط الاحتياطي الثاني - عليه مطاعن شتى: فقد تسوقه الصدفة، وقد يكون على غير اتصال بالعلاقة. كما أنه قد يصعب تحديده مع تقدم الوسائل العصرية التي يتم بها الإعلان مثلاً عن الوعد بجائزة.

٢- والحال كذلك فإننا نؤكد أن المشرع المصري لم يضع قاعدة إسناد خاصة بالالتزامات التي تنشأ بالإرادة المنفردة، وأن الملاذ في ذلك هو إعمال حكم المادة ٢٤ مدني التي تدعو القاضى إلى الاجتهاد بخلق قاعدة إسناد حيث لا توجد قاعدة إسناد تنظم المسألة المطروحة عليه. ومرجعه في بناء وتصميم هذه القاعدة هو المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص، أى بالاستناد إلى المبادئ العامة الأكثر شيوعاً بين الدول بخصوص الحالة المعروضة.

والحال كذلك فإن قانون الدولة التي يوجد بها موطن أو محل إقامة المدين بالأداء المتميز في العملية هو الذى يكون واجب التطبيق وإذا قام المدين بالعمل في إطار نشاطه المهني فإن القانون الواجب التطبيق. يكون هو قانون الدولة التي يوجد بها مقر المنشأة التي تلتزم بالأداء المميز في العملية.

إذن في إطار عمليات البنوك توجد ثمة قاعدة إسناد قضائية يمكن أن يرسبها القضاء بشأن الالتزامات التي تنشأ بالإرادة المنفردة مفادها تطبيق قانون المصرف الملتزم بالأداء المميز. وتطبق هذه القاعدة بوصفها قاعدة إسناد مزدوجة الجانب. فإذا كان الالتزام بالإرادة المنفردة صادراً عن مصرف

يعمل في مصر كان القانون المصري هو الواجب التطبيق، وإن كان صراحة عن مصرف يعمل في الخارج فإن قانون الدولة الأجنبية يكون هو الواجب التطبيق.

ثالثاً: صور خاصة للضمان والقانون الذى يحكمها:

نعرض فى هذا الفرض للقانون الواجب التطبيق على بعض الصور الخاصة للضمان وأهمها الضمان المقابل والضمان الجماعى:

أ- الضمان المقابل:

صورة هذا الضمان تتحقق فى الفرض الذى يحتاج فيه المستفيد "إلى أن يكون الضمان المصرفى من بنك فى بلده، وقابلًا للتنفيذ فى بلده، بدلاً من الضمان الصادر من بنك فى بلد المصدر أو المقاول فى بلد أجنبى عنه، فقد عقد الأساس يتفق الطرفان على ذلك فيلجأ المصدر أو المقاول إلى بنكه هو بإصدار الضمان فى بلد المشتري أو رب العمل. ولكن لما كان بنك الأمر ليس له فروع فى بلد المستفيد أو لا يعرف بنكاً مراسلاً فيه، فإنه يطلب إليه إصدار الضمان لصالح المستفيد بالصيغة التى يملئها عليه، بضمان صادر منه هو يسمى الضمان المقابل للضمان الثانى الذى يصدره"^(١).

وللإيضاح والتبيان نقول إن خطاب الضمان المقابل قد يصدر لصالح

مستفيدين فى مصر، كما قد يصدر لصالح مستفيدين فى الخارج:

الفرض الأول: خطابات الضمان الواردة لصالح مستفيدين فى مصر وهى تصدر بناء على طلب شخص أجنبى غير مقيم فى مصر لصالح مستفيد مقيم فيها. فقد يتقدم الأجنبى - مثلاً - فى مناقصة أو مزايده عن عملية فى مصر، ويرسو عليه العطاء، ويكون من شروط الجهة المحلية المعلنة عن المناقصة أو المزايده، أن يقوم الأجنبى الذى رسا عليه العطاء بتقديم خطابه ضمان كتأمين لحسن تنفيذ العملية. وقد تعجل له هذه الجهة دفعات مقدمة من

(١) الدكتور على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، فقرة ١٠٤ ص ١١٩.

تحت حساب العملية وتطلب منه تقديم خطاب ضمان تأميناً لهذه الدفعات.
في مثل هذه الحالات يطرق الأجنبي غير المقيم في مصر باب بنكه الأجنبي الذي يتعامل معه في الخارج ويطلب إليه إصدار الضمان لصالح المستفيد في مصر. غير أن المستفيد المقيم في مصر قد يكون جاهلاً بقدرة البنك الأجنبي وملاءته. ولذلك عادةً ما يشترط المستفيد أن يكون الضمان صادراً لصالحه من بنك في مصر لما يحققه له ذلك من مزايا جلييلة أبرزها استيفاء دينه من هذا البنك مباشرةً عند استحقاقه، كما يكون من الميسور عليه أن يقاضيه في مصر إن ثار نزاع ألجأه إلى القضاء. لهذه الاعتبارات يعمد البنك الأجنبي إلى إصدار الضمان بنفسه وإرساله إلى أحد مراسليه من البنوك في مصر، طالباً إليه أن يستلمه إلى المستفيد في مصر بعد التصديق عليه، أي بعد التوقيع عليه بما يفيد تعزيزه لالتزام البنك الأجنبي على نحو ما يجعله ملتزماً في مواجهة المستفيد، أو يطلب إليه إصدار خطاب الضمان نيابة عنه لصالح المستفيد المذكور^(١).

الفرض الثاني: خطابات الضمان الصادرة لصالح المستفيد في الخارج: وفي هذه الصورة تصدر خطابات الضمان من البنوك المحلية بناء على طلب عملائها في مصر لصالح مستفيدين غير مقيمين فيها، كما في "مقاولات الأعمال التي تطرح في مناقصات ويرسى عطاؤها على مقيم مصر، ويلزمه وفقاً لشروط العقد أن يقدم خطاب ضمان لصالح الجهة الأجنبية طارحة المناقصة ضماناً لحسن تنفيذ العملية. وقد تصدر هذه الضمانات بناء على طلب المستورد المصري لصالح المصدر في الخارج ضماناً للدفعات المؤجلة على أقساط من قيمة الواردات"^(٢). وقد يترتب على هذه الضمانات تحويل مبالغ

(١) الدكتور على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، فقرة ٣١ ص ٣٦ - ٣٧؛ الأستاذ مصطفى مرعى، خطابات الضمان، معهد الدراسات المصرفية، المرجع السابق، ص ٣٨ وما بعدها.
(٢) الدكتور على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية ص ٤٠ وما بعدها، الأستاذ مصطفى مرعى، ص ٤٥ وما بعدها.

بالعملة الأجنبية إلى الخارج فيما لو طلب تنفيذها المستفيد غير المقيم.

والسؤال: ما هو القانون الواجب التطبيق بخصوص الضمان المقابل؟

ثمة إذن ضمانان أحدهما نسميه بالضمان الأول، والثاني هو الضمان

المقابل^(١).

والذى ينبغي ملاحظته - هنا - أن كلاً منهما مستقل عن الآخر. فللضمان المقابل خصوصيته. فإذا كان صحيحاً أنه يصدر بمناسبة الضمان الصادر من البنك الضامن الأول أمام المستفيد، إلا أنه ضمان مستقل في ذاته، مستقل عن الضمان الأول وعن عقد الأساس^(٢).

هذه الخصيصة الفذة التى يحوزها الضمان المقابل لها دور حاسم فى

تحديد القانون الواجب التطبيق. وفى بيان ذلك نقرر الآتى:

١ - متى كان الضمان المقابل مستقلاً، فإن القانون الواجب التطبيق يلزم أن يتم تحديده استقلاً شأنه شأن الضمان الأول. وانطلاقاً من هذا تقرر أمرين: أولهما: أنه فى إطار العلاقة بين البنك الصادر عنه الضمان الأول والبنك الصادر عنه الضمان الثانى يسرى القانون المتفق عليه بينهما، وإلا فإنه يطبق قانون البنك الضامن ضماناً مقابلاً باعتباره صاحب الأداء المميز فى العملية. ويكون قانون البنك الضامن ضماناً مقابلاً هو صاحب الأداء الفذ والمحورى فى العملية بما يستوجب تطبيق هذا القانون أصلاً. فالبنك الضامن الأول يأخذ مركز العميل *le client* فى العملية بينما يكون البنك الصادر عنه الضمان المقابل هو الملتزم أو المتعهد بصفة مستقلة^(٣).

(١) اقرأ فى ذلك، الدكتور على جمال الدين عوض، المرجع السابق، فقرة ٢١٥ ص ٢٠٥.

(٢) استئناف باريس، ٢٦ أبريل ١٩٨٣، داتلوز ١٩٨٣ - أخبار سريعة، ص ٤٨٥ تعليق Vasseur.

(٣) فى هذا المعنى، Mattout، المرجع السابق، ص ٢٦٢ - ٢٦٣.

ثانيهما: أنه في إطار العلاقة بين المستفيد والبنك الصادر عنه الضمان المقابل يكون قانون هذا الأخير هو الواجب التطبيق باعتباره ملتزماً بمقتضى إرادته المنفردة وهو التزام يحكمه قانون البنك الملتزم بمقتضى قاعدة إسناد يبتدعها القضاء كما رأينا غير مرة.

٢- وإذا كان الأصل - في العلاقة بين البنك الضامن الأول والبنك صاحب الضمان المقابل - هو تطبيق قانون البنك صاحب الضمان المقابل، فإن تلك لا يحول دون إمكانية تطبيق قانون آخر بمقتضى اتفاق بين الأطراف، كما يقرر البنكان المحلى والأجنبي إخضاع العلاقات الناشئة عن الضمان بينهما للقانون الذي يحكم الضمان الأول. هذا، وتطبيق قانون البنك الصادر عنه الضمان المقابل هو الحل المعتمد في الفقه^(١) والقضاء^(٢).

بـ الضمان الجماعي: La garantie syndiquée (consortiale)

إن العديد من الضمانات الدولية، ومن بينها ضمانات بنكية بالتوقيع، لها طابع جماعي un caractere consortial، بمعنى أنها تُمنح في شكل جماعي من

(١) Stoufflet، البنك وعمليات البنوك في القانون الدولي، المرجع السابق، فقرة ١١٠، Mattour، القانون المصرفي الدولي، ١٩٨٧، المرجع السابق، فقرة ص ٢٦٢ - F. Bonelli، اتفاقية روما في ١٩ يونيو ١٩٨٩، والقانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك P. D. A. I. (مجلة قانون الأعمال الدولية)، ١٩٨٥، ص ٣٨٩.

(٢) محكمة استئناف لكسمبورج في ١٦ مارس ١٩٨٣، D. S.، ١٩٨٣ (أخبار سريعة)، ص ٢٩٩، ملاحظات Vasseur. وفيه نقضت المحكمة حكم محكمة لوكسمبورج التجارية الصادر في ٢٧ نوفمبر ١٩٨٠ (D. S) ١٩٨١، ص ٥٠٤. ملاحظات Vasseur، والمجلة الفصلية للقانون التجاري، ١٩٨١، ص ٨١٥، ملاحظات كابريراك وتيسيه) الذي قال بتطبيق القانون التركي بوصفه قانون الدائن، الضامن الأول، على ضمان مقابل صادر من بنك في لوكسمبورج. وقد أكدت محكمة استئناف لوكسمبورج في حكمها هذا تطبيق قانون لوكسمبورج بحسبان أنه قانون دولة البنك الصادر عنه للضمان المقابل (أي الثاني)، لأنه هو البنك صاحب الأداء المميز والفذ في العملية، متى لم يكن ثمة اتفاق بين الأطراف يقرر تطبيق قانون آخر.

عدة بنوك par un pool Bancaire. وفى هذه الحالة تتوزع المخاطر بين البنوك^(١).

وتثور مسألة الضمان الجماعى فى الفرض حيث تكون مبالغ الضمان من الضخامة بحيث ينوء بخطرهما بنك واحد، أو حيث تكون المبالغ ضخمة بالقدر الذى لا تسمح قوانين الدولة لبنك واحد أن يضمنها كلها. عند ذاك تشتترك بنوك عدة فى ضمان هذه المبالغ. وحين تشتترك عدة بنوك لتمنح هذا الضمان بشكل جماعى، فإنها تكون جميعاً مسؤولة أمام المستفيد مباشرة. جماعة البنوك الضامنة هذه le pool bancaire ليست لها شخصية قانونية مستقلة عن الأعضاء (البنوك) المشتركة فيه بحيث يتصور أن يكون هو المانح للضمان. أبدأ، وإنما الفرض أن يتم منح الضمان من جماعة البنوك كل بنسبة محددة منصوص عليها صراحة فيما بينهم. وتتحدد مسئولية كل بنك بنسبة حصته. ومن ثم يكون للمستفيد أن يطالب كل بنك من هذه البنوك بالقدر الذى يخصه وحسب، ويكون عليه إذن أن يقدم طلب الوفاء إليهم جميعاً ليحصل على المبلغ الإجمالى.

ويجرى العمل على تعيين بنك من البنوك المشتركة بوصفه القائد un chef de file. وعادة ما يكون هذا القائد هو البنك الذى تم معه التفاوض بشأن الضمان من مبدأ الأمر، وهو الذى أخذ على عاتقه مسألة تكوين هذه الجماعة البنكية Le Pool. هذا البنك القائد هو الذى يتقدم إليه المستفيد بطلب الوفاء بوصفه ممثلاً لبقية البنوك. فوق ذلك فإن هذا البنك القائد هو الذى يقوم بالتفاوض حول تفاصيل الضمان وفوائده وكل ما يحقق مصلحة جماعة البنوك المشتركة. بل قد يعهد إلى هذا البنك بممارسة نوع من الإشراف أو الرقابة على الضمان Sur le credit. هذا التنظيم، كما يعبر بعض فقهاء القانون التجارى فى مصر، "يؤدى إلى أن الطلب الموجه إلى هذا البنك الممثل للمجموع هو الفعال

(١) Stoufflet، البنك وعمليات البنوك، المرجع السابق، فقرة ١١٢.

والحاسم إذا أريد التحقق من أن الطلب قدم بشكل صحيح وفي المدة القانونية^(١).

وإذا ما تلقنا هذه العبارة بالتحليل ونظرنا إليها في ضوء الأداءات الفذة التي يقوم بها البنك القائد لأمكن تقرير النتائج التالية: (١) في إطار العلاقة بين مجموعة البنوك (ويمثلها البنك القائد) والعميل نؤكد أن أداءات البنك القائد تعد بمثابة الأداء المحوري أو الفذ في إطار هذا التجمع البنكي. وبعبارة أخرى، فإن من الميسور على الباحث أن يسكن أو يوطن جملة العلاقات، بين المستفيد ومجموع البنوك المشتركة في تقديم الضمان في مكان البنك القائد. ومن ثم يكون قانونه هو الأكثر ملاءمة لحكم هذه العلاقات اللهم إلا إذا كان قد اتفق على تطبيق قانون آخر^(٢).

هذا الحل جد منطقي يتفق وإرادة الأطراف الحقيقية متى لم يتم الإفصاح عن تطبيق قانون آخر. كما أنه يتفق وتوقعات الأفراد ويحميها، ويحقق الضمان لهم. فلا مفاجأة لأحد منهم عند تطبيقه. فهو مركز المطالبات وفيه عمدة العلاقات ومحطتها النهائية. إلى ذلك يضاف أن لهذا الحل فضلاً آخر يتمثل في وحدة القانون المطبق. فليس من المتصور البتة تطبيق عدة قوانين مختلفة ومتباينة على جملة العلاقات التي تكون بين المستفيد ومجموع البنوك للمشاركة في تقديم الضمان.

وبإعمال هذا الحل يكون قانون البنك "القائد" هو الذي يحكم العلاقات بين المستفيد ومجموع البنوك المشتركة في تقديم الضمان. (٢) وفي إطار

(١) الدكتور على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، فقرة ١١١، ص ١٢٤.

(٢) من هذا الرأي في الفقه الفرنسي Stoufflet، البنك وعمليات البنوك، المرجع السابق، فقرة ١١٢، Blaise et Fouchard، القيمة القانونية للضمان الجماعي في الأيروكريد، المرجع السابق، فقرة ٣٥، ص ١٥٥.

العلاقة فيما بين البنوك المشتركة بعضها البعض نقرر أن القانون الواجب التطبيق هو قانون إرادتهم المشتركة المتفق عليه صراحة أو ضمناً.

المشكلة تثور حيث لا يتفقون على قانون يحكم التزاماتهم وحقوقهم فيما بين بعضهم البعض، وفي هذه الحالة تقوم في رأينا قرينة على تطبيق قانون البنك القائد.

ويتضح من ذلك أن قانون البنك القائد، غالباً ما يكون هو الواجب التطبيق سواء في إطار العلاقة بين أفراد الضمان الجماعي أنفسهم أو فيما بينهم وبين العميل المضمون.

تمييز المسألة التي يتم فيها الضمان الجماعي عن مسألة أخرى قريبة والقانون الواجب التطبيق:

الفرض المتقدم الخاص بالضمان الجماعي والذي قدرنا فيه تطبيق قانون البنك "القائد" للاعتبارات السابقة يختلف عن فرض آخر يسمى Les accords de participation entre banques. بصورة هذا الفرض تتمثل في قيام بنك واحد بمفرده بتقديم ضمان باسمه للمستفيد، ضمان يغطي كامل المبلغ، غاية ما هنالك أن البنك مقدم الضمان يخطر عميله المستفيد بأن ثمة مجموعة بنوك قد قدمت له ضمانات مقابلة لهذا الضمان لتوزيع المخاطر الناجمة عن عملية الضمان الكاملة. في هذه الحالة تبيّن وثيقة الضمان ذاتها النسبة التي تعهد كل بنك من البنوك بضمانها أمام البنك الضامن بمقتضى ضمانه المقابل. والذي يلاحظ - وهنا - أن المستفيد (العميل) يكون أجنبياً عن الاتفاق الذي يتم بين البنوك. كما أن البنوك المشاركة في تقديم الضمان لا تلتزم في مواجهة المستفيد، ولكنها تلتزم - كل منها على حدة بطبيعة الحال - في مواجهة البنك مقدم الضمان^(١).

واضح في هذه الصورة أن ثمة بنكاً واحداً هو المسئول عن الدفع يتوجه إليه المستفيد للمطالبة بكامل المبلغ. وواضح كذلك أن إرادة البنوك -

(١) Stoufflet، البنك وعمليات البنوك، المرجع السابق، فقرة ١١٥.

مقدمة الضمان - قد تعاهدت - فى العلاقة فيما بينها - على تقديم ضمانات إلى هذا البنك الرئيسى أو الأساسى، أو الظاهر الذى تعامل معه المستفيد. هذه المعانى تعيد من الوجهة الاقتصادية والقانونية توطين العلاقات فى هذا المكان، أى مكان قانون البنك الأساسى، ولا يتصور أن يتم تفسير إرادات الملتزمين - فى حالة عدم الاتفاق الصريح أو الضمنى المؤكد على قانون آخر - على غير هذا المعنى.

والسؤال: ماهو القانون الواجب التطبيق فى هذه الصورة الأخيرة؟ نرى أنه يتعين أن نميز بين طائفتين من العلاقات:

الطائفة الأولى: علاقات البنوك مقدمة الضمان فيما بينها:

القانون الواجب التطبيق فى هذا الشأن، هو قانون الإرادة الصريحة، فإن تخلف هذا الاختيار الصريح قامت قرينة - قابلة دائماً لإثبات العكس - على تطبيق قانون البنك الظاهر فى مواجهة المستفيد.

ونرى أن هذا الحل هو الذى يجب إعماله - فى هذا الإطار - فى القانون المصرى إعمالاً لنص المادة ١/١٩ مدنى مصرى فى شق منه. أما الضوابط الأخرى الواردة فى هذا النص فهى غير ملائمة. ويقرر القاضى المضرى هذا الحكم الذى نقول به اجتهاداً إعمالاً لحكم المادة ٢٤ مدنى التى تلزمه بالرجوع فى مثل هذه الحالة إلى المبادئ العامة للقانون الدولى الخاص.

الطائفة الثانية: العلاقة بين البنك الظاهر مقدم الضمان والمستفيد:

القانون الذى يحكم هذه العلاقة هو قانون الإرادة المتفق عليه إلا فإنه يجب تطبيق قانون المصرف مقدم الضمان للأسباب ذاتها التى جعلتنا نؤكد على تطبيق قانون المصرف فى العلاقات المماثلة.

الفرع الثالث الاعتماد بالقبول

Le credit d'acceptation

تعريف:

فى هذه الصورة من صور الاعتماد لا يقدم البنك فى الحال أى مبلغ نقدى وإنما يتعهد بالدفع فى صورة توقيع بالقبول على كمبيالة مسحوبة عليه. معنى ذلك أن البنك يقبل بهذه الصفة "الكمبيالة التى يسحبها عليه عميله أو الطرف الآخر الذى يتعامل معه العميل. وفى هذه الحالة يلتزم البنك القابل بدفع قيمة الكمبيالة التى تحمل توقيعها عند الاستحقاق، مما يبسر خصمها لدى بنك آخر. ويتحقق ذلك بأن يفتح البنك اعتماداً لعميله يُستخدم كمقابل وفاء للكمبيالة التى يتعهد بقبولها. ومتى دفع البنك قيمة الكمبيالة المقبولة منه، قام بقيد قيمتها فى الجانب المدين لحساب العميل، وجاز له الرجوع على العميل بالمبالغ المدفوعة بمقتضى هذا الاعتماد"^(١).

والغالب أن يُستخدم الإ اعتماد بالقبول فى التجارة الخارجية بتمكين المشتري من الحصول على الأجل الذى يحتاجه. فعادة ما يتفق المشتري مع البنك على أن يسحب المشتري كمبيالة بمبلغ مساو للثمن لصالح البائع ويوقعها البنك بالقبول. عندئذ يقبل البائع تسليم البضاعة نظير هذه الكمبيالة لأن توقيع البنك بالقبول يجعله مديناً أصلياً بقيمتها فيطمنن البائع إلى استيفاء حقه عند الأجل. وقبل تاريخ الاستحقاق يقدم العميل إلى البنك النقود اللازمة لوفاء الورقة. فإن تقاعس العميل عن تقديم مقابل الوفاء كان البنك ملزماً بطبيعة الحال بالوفاء للمستفيد من الكمبيالة، لأنه هو المدين الأصلي فيها ويلتزم مباشرة بوفائها، ويكون له بعد ذلك أن يرجع على عميله صاحب الكمبيالة"^(٢).

(١) الدكتور مصطفى كمال طه، القانون التجارى، ١٩٨٨، فقرة ٦٩٥ ص ٥٢٨ - ٥٢٩، الدكتور على جمال الدين عوض، عمليات البنوك ١٩٨٩، المرجع السابق، فقرة ٥١٦، ص ٦٣٦.

(٢) الدكتور على جمال الدين عوض، المرجع السابق، فقرة ٥١٧، ص ٦٣٧.

الخلاصة، أن استخدام الاعتماد بالقبول ذائع الصيت في التجارة الدولية وبصفة خاصة في عملية الاعتماد المستندي. وتوقيع البنك بالقبول يدخله في حلبة الالتزام المصرفي بوصفه ملتزماً فيها يقع عليه الوفاء بقيمتها عند تقاعس العميل الساحب. والسؤال الآن: ما هو القانون الذي يحكم هذه الصورة من صور الاعتماد المصرفي؟

القانون الواجب التطبيق:

نقرر ابتداءً أن القانون الواجب التطبيق بشأن هذا الاعتماد هو قانون البنك القابل. وينطبق هذا القانون في رأينا من خلال قنوات مختلفة للتحليل تلتقى جميعاً عند نقطة أساسية: إن قانون المصرف القابل هو الذي ينطبق فكيف يتم ذلك؟ للإجابة على ذلك نقرر الأحكام الآتية:

أولاً - لا شبهة لدينا في أن الاتفاق الذي يتم بين العميل والبنك، والذي موضوعه فتح الاعتماد المُسمى باعتماد القبول حيث يتعهد البنك بقبول الكمبيالة المسحوبة عليه بمجرد التوقيع عليها، يحكمه قانون البنك^(١). فالبنك هو صاحب الأداء المميز في العملية التي تدخل في إطار نشاطه المهني المعتاد. فهذا القانون هو الذي يحكم الاعتماد من حيث مدته ومبلغه وأوصافه. كما يحكم مسؤولية البنك في حالة رفضه القبول^(٢).

ثانياً: القانون الذي يحكم التزامات البنك القابل:

إذا قبل المسحوب عليه الكمبيالة أصبح ملتزماً صرفياً تجاه حامل الورقة أياً كان هذا الحامل، كما يصبح هو المدين الأصلي بقيمة الكمبيالة. فيدون هذا القبول يظل المسحوب عليه أجنبياً عن دائرة الإلتزامات المصرفية

(١) من هذا الرأي، لوسوارن وبريدان، قانون التجارة الدولي، المرجع السابق، فقرة ٦٧٢ ص ٧٤٢ Stoufflet، البنك وعمليات البنوك في القانون الدولي، المرجع السابق، فقرة ١٠٠، فتح الاعتماد المصرفي في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، فقرة ٣٢ ص ٥٩٧، Gavalda، موسوعة القانون الدولي، المرجع السابق، فقرة ٧٣ - ٧٤، أرمنجون، الوجيز في القانون الدولي الخاص التجاري، المرجع السابق، فقرة ١٤٠.

(٢) Stoufflet، فتح الاعتماد المصرفي فقرة ٣٢ ص ٥٩٧.

الواردة على الورقة. بعبارة أخرى، متى تم قبول المسحوب عليه فإنه يكون الملتزم الأصلي ومحور الالتزامات التي تلتف حولها سائر الالتزامات الأخرى في الورقة التجارية. وليبيان المسائل تفصيلاً نعرض لمسألتين:

(١) القانون المختص بمقتضى اتفاقية جنيف سنة ١٩٣٠:

جدل شديد أثير في مؤتمر جنيف بمناسبة المفاضلة بين مذهبي وحدة القانون المطبق وتعددده في شأن آثار الالتزامات المصرفية الواردة على ورقة تجارية واحدة. وبعد مناقشات مستفيضة وطويلة، شاء المؤتمر أن يرجحوا مذهب التعدد كأصل عام ترد عليه عدة استثناءات. وإذا استعرضنا المناقشات التي تمت - والتي تحويها مضبطة الجلسات (١) - يمكن أن نرصد ما يلي:

١- لقد أقرح في المؤتمر تطبيق قانون موطن الملتزم في الورقة التجارية، إلا أنه استبعد بالنظر إلى الصعوبات التي يثيرها تعيين الموطن من الناحيتين الواقعية والقانونية فضلاً عن التباين القائم بين التشريعات المقارنة حول تصوير معناه.

٢- كما ذهب دعاة النظرية الفرنسية والإيطالية إلى إخضاع آثار كل التزام في الورقة التجارية لقانون محل إنشائه، دون تمييز بين التزام المسحوب عليه القابل في الكمبيالة أو المحرز في السند للأمر وغيره من التزامات الموقعين الآخرين على الورقة.

٣- أما أنصار النظرية الألمانية فقد ذهبوا إلى إقامة تفرقة بين أمرين: التزام المسحوب عليه القابل أو المحرز، وهذا يحكمه قانون محل الوفاء، والتزامات الموقعين الآخرين، وتلك تخضع لقانون محل نشوء الالتزام المصرفي.

(١) Comptes - Rendus. Op. cit., P. 356 - 363; Lescot et roblot, No. 1073. P. 578 - 579; schapira, op. cit., No 119.

وانظر في التفاصيل مؤلفنا في تنازع القوانين في الأوراق التجارية، الطبعة الثانية ٢٠١١، ص ٢٠٢ وما بعدها.

وقد راق هذا الاتجاه الأخير لأعضاء مؤتمر جنيف لما يوجد هنالك من صلة وطيدة وعروية وثقى بين التزام المسحوب عليه القابل أو محرر السند للأمر ومحل الوفاء. وقد قنن هذا الاتجاه في المادة ١/٤ من اتفاقية جنيف الخاصة بالكيميالية والسند الإذنى بقولها "تخضع آثار التزامات قابل الكيميالية ومحرر السند للأمر لقانون المكان الذى تكون فيه الصكوك مستحقة الوفاء. وتخضع الآثار الناتجة عن توقيعات الملتزمين الآخرين في كميالية أو سند للأمر لقانون الدولة التى أعطيت هذه التوقيعات فى إقليمها"^(١).

وحيث لا قبول فى الشيك فقد كان من المنطقى ألا تأتى اتفاقية جنيف لسنة ١٩٣١ والخاصة بالشيك بتفرقة مماثلة، ولذلك اقتصرت المادة الخامسة من هذه الاتفاقية على القول بأنه "تخضع آثار الالتزامات الناتجة عن الشيك لقانون الدولة التى أنشئت فيها هذه الالتزامات".

نص المادة الرابعة من اتفاقية جنيف لسنة ١٩٣٠ قاطع إذن فى دلالاته على أن القانون الواجب التطبيق على آثار التزام المسحوب عليه القابل (والمحرر) هو قانون محل الوفاء بالورقة. وهو حل يجد تبريره فى عدة اعتبارات لم تغب عن واضعى الإتفاقية وعن خصوم مذهب الوحدة أنفسهم^(٢).

(١) ونصها بالفرنسية كالآتى:

"Les effets des obligations l'accepteur d'une lettre de change et du souscripteur d'unbillet á ordre sont déterminés par la loi du lieu où ces titres sont payables".

"Les effets que produisent les signatures des autres obligés par lettre de change ou billet á ordre sont déterminés par la loi du pays sur le territoire duquel ces signatures ont étédonnées".

(٢) راجع بصفة خاصة Lescot et Roblot، المرجع السابق، ص ٥٧٨ - ٥٧٩ حيث يقولان:

"Mais la distinction retenue offre du moins l'avantage de mettre en pleine lumiere le lien particulièrement étroit qui rattache L'obligation de L'accepteur, débiteur principal, au lieu de paiement".

وفى التفاصيل، مؤلفنا تنازع القوانين فى الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص ٢٠٣ ومابعدها.

وإخضاع آثار التزام المسحوب عليه القابل لقانون محل الوفاء يفترض
بداية أن القبول قد تم بالفعل من جانب المسحوب عليه. بيد أن ثمة مسائل
أخرى على ارتباط بالقبول لكونها من مقدماته أو من أوصافه. من ذلك المسألة
الخاصة بتقديم الورقة للقبول والأوصاف التي تلحق به *Ses modalités* وتلك
المتعلقة برفض القبول الجزئي، والقبول بالواسطة. والسؤال هل تندرج هذه
المسائل في حكم المادة ١ / ٤ السابق ذكرها أم تخرج عنها، وإن خرجت فما هو
القانون الذي يسرى في شأنها؟.

أولاً: تقديم الورقة للقبول:

تقديم الورقة للقبول هو إجراء سابق على عملية القبول ذاتها، ومن ثم
يبدو أنه لا يندرج في عداد المسائل التي تخضع لحكم المادة الرابعة من اتفاقية
جنيف لسنة ١٩٣٠. فالنص يسرى على "آثار" القبول الذي صدر بالفعل ولا
يتناول من ثم المسائل التي تعرض قبل الحصول على توقيع المسحوب عليه.
فإذا كان الحال كذلك، فما هو القانون الذي يحكم هذه المسألة؟.

١- ذهب جانب في الفقه إلى تطبيق قانون محل إصدار الصك، أي
قانون الدولة التي تم فيها سحب الكمبيالة وذلك على أساس أن هذا القانون هو
الذي يسرى على التزام الساحب وهو التزام يتأثر من غير شك بوقوع القبول
من المسحوب عليه. والحال كذلك، فإن مسألة تقديم الورقة للقبول تخضع،
شأنها شأن التزام الساحب، لقانون محل إصدار الورقة التجارية^(١).

ولم يلق هذا الرأي رواجاً في الفقه الحديث الذي يرى أن البرأى السابق
قد وضع المسألة في غير موضعها الصحيح. فتقديم الورقة للقبول هو إجراء

(١) V. Lyen – Caen et Renault, IV, op. cit., No. 643; Chretien, Etudes sur lettre de change en droit international privé, thèse, op. cit., p. 117, champ communal, Etude sur la lettre de change en droit international privé, An. Dr. com., op. cit., P. 27 et s.

شكلى يقع على عاتق الحامل الذى يقوم به ولذا ينبغى تحديد قاعدة الإسناد التى يجب الأخذ بها بالنظر إلى هذا الحامل وليس من خلال النظر إلى الساحب^(١).

٢- يذهب اتجاه آخر فى الفقه الحديث نحو إعمال قانون محل تقديم الصك للقبول^(٢). وهذا الحل يبرره أمران:

الأول: أنه يحقق سائر المزايا التى تحققها قاعدة إخضاع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام Locus rigit actum وفى مقدمتها التيسير على المتعاقدين الذين قد يصعب عليهم العلم بأحكام قانون آخر غير قانون الدولة التى أبرم فيها العقد.

الثانى: أنه حل يسنده التفسير الواسع لنص المادة الثامنة من اتفاقية جنيف لسنة ١٩٣٠ التى تعهد لقانون المحل بحكم شكل سائر التصرفات القانونية اللازمة للمحافظة على الحقوق فى مسائل الكمبيالة والسند الإذنى.

٣- والمتأمل فى المسألة ير أن الدولة التى يتم فيها تقديم الصك للقبول هى الدولة التى يتم فيها تنفيذ الإلتزام الصرفى. ولذلك نتفق مع ما يقول به الفقه الراجح من أن تقديم الورقة للقبول يخضع لقانون الدولة التى يتم فيها هذا القبول. فهذا القانون هو المختص بتحديد المسائل الآتية: فى أى ميعاد يقع التقديم، وما هى الآثار التى تترتب على إهمال هذا الميعاد؟ وهل يجب أن يقع التقديم من الحامل الشرعى للورقة أم يجوز أن يقع من الحائز؟ وهل يجوز التقديم للقبول بعد ميعاد الاستحقاق؟ وهل من حق المسحوب عليه أن يطلب التقديم مرة ثانية، أو أن يستبقى الكمبيالة لحين مراجعة دفاتره وحساباته^(٣)؟

(١) ليسكو وربلو، بند ١٠٧٩، ص ٥٨٣.

(٢) Arminjon, op. cit., No. 168, Lescot et Roblot, No. 1079, Roblot, Les effets de commerce, 1975, op. cit., No 672; P. 580; Arminjon et Carry, op. cit., No. 436; Carry, op. cit., P. 10 Schapira, No. 133; Loussouarn et Bredin, droit du commerce international, No. 462; Rep. Dalloz dr. int., v. Effets de commerce No. 56, P. 55 Rep. Dalloz dr. int. تحت عنوان Effets de commerce, بند ٥٦

(٣) Lescot et Roblot، المرجع السابق، ص ٥٨٣، Arminjon، بند ١٧٠، ص ٣٢٥ - ٣٢٦، Schapira، بند ١٣٣.

لكن ما الحكم بالنسبة لآثار شرط القبول أو عدم القبول الذى قد يضيفه الساحب أو أحد المظهرين؟ يذهب رأى فى الفقه إلى أنه لما كان هذا الشرط يتعلق فى هذا الفرض برضاء الملتزم فى الورقة، فإنه يجب أن يسرى فى شأنه القانون الذى يحكم الشروط الموضوعية، أى قانون محل نشوء الالتزام الصرفى اللهم إلا إذا اتفق الأطراف على قانون آخر شريطة أن يكون ذلك ظاهراً فى الورقة التجارية ذاتها تطبيقاً لمبدأ الكفاية الذاتية^(١).

ونحن من جانبنا نتفق مع الرأى السابق فى النتيجة غاية ما هنالك أننا نرى أن هذا الشرط يُعد من قبيل الشروط الشكلية ويخضع بوصفه كذلك لقانون محل نشوء الإلتزام الصرفى. صحيح أننا لا نختلف عن الرأى السابق فى النتيجة إلا أننا نقرر ذلك من خلال تكييف مختلف حيث نرى أن مختلف بيانات الورقة ما هى إلا بيانات شكلية لا مسائل موضوعية.

ثانياً: التزام المسحوب عليه بالقبول:

ما هو القانون الذى يتحدد بمقتضاه مدى التزام المسحوب عليه بالقبول وشروط ذلك إن كان ملزماً والمدة التى يجب أن يتم خلالها ومسئوليته قبل الساحب إذا رفضه؟.

ابتداءً نقرر أنه لما كانت تلك المسألة سابقة على القبول فإنها لا تدخل فى نطاق ما يسمى "بآثار القبول"، إذ أنه لم يصدر بعد، ولذلك تخرج من نطاق المادة الرابعة من اتفاقية جنيف لسنة ١٩٣٠.

ولقد اختلف الرأى بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على مدى التزام المُسحوب عليه بالقبول. فمن رأى البعض إخضاع هذه المسألة لقانون محل

(١) ليسكو وريلو، المرجع السابق، ص ٥٨٣، وفى تأييده Loussouarn et Bredin، قانون التجارة الدولية، ص ٥٥٦، هامش (١).

الإصدار^(١)، بينما يفضل البعض الآخر تطبيق قانون موطن المسحوب عليه^(٢). إلا أن الغلبة قد كتبت في الفقه الحديث^(٣) للرأى القائل بتطبيق القانون الذى يسرى على آثار العقد السابق Le contrat de base الذى بمقتضاه غدا المسحوب عليه مديناً للساحب (وهو عقد البيع أو القرض أو فتح الإعتماد ... الخ).

ويبدو أن هذا الرأى يستند إلى الأصل العام وهو أن التزام المسحوب عليه بقبول الكمبيالة مستمد من العقد الأساسى أو السابق الذى يربط بين الساحب والمسحوب عليه^(٤). وإذا سلمنا جدلاً بأن حق الساحب فى سحب الكمبيالة على المسحوب عليه يجد سببه فى العقد السابق بينهما، إلا ذلك لا يعنى بالضرورة وفى كل الأحوال سريان القانون الذى يحكم هذه الرابطة السابقة على المسألة الخاصة بمدى التزام المسحوب عليه بالقبول. فالمسحوب عليه، وعلى الرغم من أنه قد يكون مديناً للساحب وأنه ملزم بالوفاء له بهذا الدين، قد يتوافر فى حقه شرعاً ما يجعله ينأى بنفسه عن الدخول فى حلبة الالتزام

(١) أنظر فى الفقه المؤيد لهذا الرأى المراجع المشار إليها عند أرمنجون، المرجع السابق، ص ٣٢٦، هامش (١).

(٢) Lyon – Caen et Renault, T. IV, op. cit., No. 646, weiss, Traité, T. IV, P. 442; champcommunal, op. cit., P. 150; chretien, op. cit., No. 50, wigny, op. cit., P. 319 – 320.

وهذا الأخير يخضع لمسألة لقانون الموطن المشترك لكل من الساحب والمسحوب عليه.

(٣) Arminjon, op. cit., No. 171, Lescot et Roblot. No. 1080; Arminjon et Carry. Op. cit., No. 438; Carry, op. cit., P. 127; Roblot, Effets de commerce, 1975, op. cit., No. 673; Schapira, op. cit., 135.

وفى ذات الحل فى الفقه المصرى، أنظر فى مصر، الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق بند ١٢٢٠، ص ١١٥٠، الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٨٣٦ هامش (٤). وفى القانون اللبنانى، الدكتور إدوار عيد، المرجع السابق، بند ٣٨، ص ٩٢ – ٩٣، وقرن فى القانون السورى، الدكتور رزق الله أنطاكى، المرجع السابق، ص ٤٧٦.

(٤) Loussouarn et Bredin، قانون التجارة الدولية، بند ٤٦٢، ص ٥٥٦، Rep. Dalloz، dr. int. تحت عنوان Les effets de commerce، بند ٥٧، chemaly، رسالته السابق الإشارة إليها، ص ٢٥٧، وما بعدها.

الصرفى. والحال كذلك فإنه يبدو لنا أن إخضاع المسألة محل البحث للقانون الذى يحكم "الرابطة الأساسية" ليس فوق التجريح، سيما وأن هذه الرابطة السابقة مستقلة عن الالتزام الصرفى.

ونحن نعتقد أن الحل الأمثل فى هذه الحالة يكمن فى تطبيق قانون الدولة التى يتم فيها القبول (وهو عينة قانون محل الوفاء). فالمسألة – وعلى الرغم من أنها سابقة على القبول – على اتصال وثيق بعملية الوفاء ذاتها. إلى ذلك يضاف أن مسألة قبول الكمبيالة أو رفضها غالباً ما تكون على إتصال بالثقة الظاهرة فى المسحوب عليه، وهى ثقة تستدعى إعلاء هذا المكان الواجب فيه الوفاء^(١). وعلى ذلك يضطلع قانون هذه الدولة بتحديد ما إذا كان المسحوب عليه ملزماً أم غير ملزم بقبول الكمبيالة. وهذا الحل من شأنه أن يحقق وحدة القانون الواجب التطبيق^(٢).

ثالثاً: الشروط اللازمة لقيام القبول ذاته من حيث الشكل والموضوع:

يذهب الاتجاه الغالب فى الفقه الفرنسى إلى أنه يخرج من نطاق حكم المادة ١/٤ من إتفاقية جنيف الشروط اللازمة لقيام القبول سواء منها ما تعلق بالشكل أو بالموضوع. فالقبول فى ذاته هو تصرف بالإرادة المنفردة، أى أنه عمل إرادى، له الصفة الصرفية لإوروده على الورقة التجارية. ولما كان تصرفاً إرادياً فإنه يكون له جانبان: أحدهما موضوعى والآخر شكلى. وفى ضوء ذلك يذهب الفقه الفرنسى إلى تطبيق قانونين هما:

أ- قانون محل وقوع القبول، وهو ينطبق بوصفه قانون الإرادة بالنسبة
ب- للشروط اللازمة لصحة رضاء المسحوب عليه القابل وفى شأن الحالات

(١) chemaly، بند ٤٤٩، ص ٣٥٨.

(٢) Loussouarn et Bredin، قانون التجارة الدولية، ص ٥٥٦، Rep. Dalloz. Dr. int. تحت عنوان Effets de commerce، بند ٥٧. وفى ذلك يكتب هذا الفقيهان:

"...Pour attendre a la plus grande unité, la compétence de la loi du lieu de paiement serait sans doute la meilleure solution".

التي يجوز فيها للمسحوب عليه أن يرجع عن قبوله أو يشطبه^(١). كما يطبق هذا القانون ذاته - بمقتضى المادة ٣ من اتفاقية جنيف - بالنسبة للشكل الذى يتم فيه إفراغ القبول (القبول على الكمبيالة ذاتها أو على ورقة مستقلة، والقبول بمجرد توقيع المسحوب عليه أو بوضع أية عبارة أخرى تفيد هذا القبول)^(٢).

ب- يطبق قانون محل الوفاء بالنسبة للمسائل المتعلقة بمدى التزامات المسحوب عليه القابل طبقاً للمادة الرابعة من اتفاقية جنيف لسنة ١٩٣٠.

رابعاً: القبول الجزئى:

تصدت المادة السابعة من معاهدة جنيف لسنة ١٩٣٠ الخاصة بالكمبيالة والسند لأمر للمسألة المتعلقة بتحديد القانون الذى يحكم القبول الجزئى فقالت فى شأنها بتطبيق قانون الدولة التى تكون الكمبيالة مستحقة الدفع فيها^(٣).

مؤدى ذلك أن القبول الجزئى يحكمه، شأنه شأن القبول الكامل، قانون محل الوفاء بقيمة الورقة *La Lex Loci Solutionis*. ويتفق الفقهاء على أنه ينبغى فهم نص المادة السابعة بطريقة مرنة وبحيث لا يقتصر نطاقها على مجرد القبول الجزئى بالمعنى الضيق، وإنما يتسع مدلولها لتشمل كل قبول موصوف *qualiffiee*، كأن يكون القبول معلقاً على شرط، أو كأن يتم تعديل ميعاد الاستحقاق، أو مكان الوفاء، أو إضافة شرط^(٤).

(١) ليسكو وريبلو، بند ١٠٨١، أرمنجون، بند ١٧٢، وقارن مع Carry، والمرجع السابق ص ١٢٥ هامش (٤) حيث يخضع شطب القبول لقانون محل الوفاء.

(٢) أرمنجون وكارى، بند ٤٣٩ ليسكو وريبلو، المرجع والموضع السابقين، Schapira، بند ١٣٧.

(٣) ونصها بالفرنسية:

"La loi du pays où la letter de change est payable regle la question de savoir si l'acceptation peut etre restreinte á une partie de la somme ...".

(٤) أرمنجون وكارى، المرجع السابق، بند ٤٣٨ كارى، المرجع السابق، ص ١٢٦ ليسكو وريبلو، المرجع السابق، بند ١٠٨٣ ص ٥٨٦، رويبلو، الأوراق التجارية، ١٩٧٥، بند ٦٧٤، ص ٥٨٢، Schapira، المرجع السابق، بند ١٣٩، لوسوارن وبريدان، قانون التجارة الدولية، بند ٤٦٣ ص ٥٥٦.

وبمناسبة تحديد نطاق المادة ١/٧ من اتفاقية جنيف يذهب الفقه الغالب في فرنسا إلى أن نص هذه المادة يقتصر تطبيقه على مسألة جواز أو عدم جواز القبول الجزئى. فقانون محل الوفاء يحدد فقط الشروط التى يمكن بمقتضاها إعطاء القبول الجزئى. وإذا قضى هذا القانون بجواز القبول الجزئى، فإن حق الرجوع الذى يكون للحامل قبل الملتزمين فى الكمبيالة يخضع – بالنسبة لكل ملتزم – لقانون محل نشوء الالتزام، أى لقانون البلد الذى تم فيه التوقيع على الورقة^(١).

هذا الحل الذى يودى إلى نتائج غير مقبولة أهمها تجزئة الصك واختلاف الحلول، باعتراف القائلين به أنفسهم^(٢)، يبدو لنا محل نظر. ويكفى فى تقديرنا لرفضه أن نسجل النتائج غير المقبولة التى يودى إليها أعمال منطق الرأى السابق: فمن يحمل كمبيالة مقبولة جزئياً يكون له الرجوع للمطالبة بقيمة الورقة كاملة، أو يكون له المطالبة بقيمة الجزء غير المقبول، وذلك بحسب الحل الذى يقول به القانون الذى يحكم الالتزام بالجزء غير المقبول، وذلك بحسب الحل الذى يقول به القانون الذى يحكم التزام كل موقع على الورقة من حيث إجازة القبول الجزئى أو رفضه^(٣).

خامساً: القبول بالواسطة:

لا شك أن القبول، سواء كان كاملاً أو جزئياً، يختلف عما يسمى بالقبول بالواسطة أو القبول عن طريق التدخل *L'acceptation par intervention*. فعلى

(١) Liscot et Roblot, op. cit., No. 1083, P. 587; Roblot, les effets de commerce, 1975, op. cit., No. 674, P. 582, Schapira, op. cit., No. 139; Loussouarn et Bredin, Droit du commerce international, op. cit., No. 463, Rep Dalloz dr. int., Effets de commerce, op. cit., No. 59.

(٢) Loussouarn et Bredin, المرجع السابق، ص ٥٥٧، Schapira، بند ١٣٩.

(٣) Carry، المرجع السابق، ص ١٢٦ – ١٢٧، وفى تأييده أيضاً Chemały، رسالته السابق الإشارة إليها، بند ٥٠٥، ص ٣٦٣. وفى ذلك يقول الاستاذ كارى:

"La solution contraire conduirait a des resultats inadmissibles. Le porteur qui aurait obtenu une acceptation partielle pourrait recourir contre les uns pour le montant intégral de la lettre, contre les autres pour le montant non accepté seulement, selon la valeur attribuée á l'acceptation partielle par la loi de chaque garant".

خلاف المسحوب عليه القابل، لا يعتبر القابل بطريقة التدخل هو المدين الأصلي بالنسبة للحامل، وإنما هو مجرد كفيل للشخص الذى تم القبول بطريق التدخل لمصلحته. غير أنها تكون كفالة صرفية مماثلة للضمان الاحتياطى فيسرى فى شأنها القانون أو القوانين التى تحكم هذا الضمان الأخير.

وفيما وراء المسائل المتقدمة المتعلقة بالقبول نجد أن المادة ٤ / ٢، من اتفاقية جنيف لسنة ١٩٣٠ قد بقيت أمينة على تطبيق مذهب تعدد القوانين التى تحكم آثار الالتزامات المصرفية الواردة على ورقة تجارية واحدة، على الرغم من الوحدة التى تربط بين هذه الالتزامات من كونها ترد جميعاً على محل واحد هو مبلغ الورقة الواجب الوفاء به.

(٢) القانون الذى يحكم التزامات المسحوب عليه وفقاً لأحكام القانون المصرى:

فى دراسة سابقة لنا أوضحنا أن الفقه المصرى الذى تصدى للمسألة الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على آثار الالتزامات المصرفية قد اعتنق مذهب التعدد على إطلاقه على الرغم مما يرتبه من نتائج غير مقبولة فى بعض الحالات. فهذا الفقه يقرر تطبيق حكم المادة ١٩ مدنى دون تحرر عن مدى ملاءمتها لأحكام الالتزام المصرفى وخصوصيته.

وتطبيقاً لنص المادة ١/١٩ على إطلاقه قدر الفقه المصرى أن آثار قبول تخضع لقانون الإرادة الصريحة أو الضمنية أو لقانون الموطن المشترك أو لقانون محل التوقيع^(١). كما يخضع لضوابط الإسناد الأصلى والضوابط الاحتياطية السابقة والمتضمنة فى المادة ١٩ المسألة الخاصة بالالتزام المسحوب

(١) الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند ١٢١٩، ص ١١٥٠، وفى تأييده الدكتور هشام صادق، ص ٨٣٦، وهامش (٤) من ذات الصفحة، وقارن مع ما يقول به الدكتور رزق الله إنطاكى، المرجع السابق، بند ٣٩٧، ص ٤٧٤ حيث يكتفى بعرض ما يقول به بعض الفقه فى فرنسا.

عليه ومسئوليته قبل الساحب إذا رفضه^(١)، وكذلك مسألة القبول بالواسطة^(٢). وبالنسبة للمسائل المتعلقتين بتقديم الورقة للقبول وبالقبول الجزئي، يأخذ أصحاب الرأي السابق بما يقول به جانب من الفقه الفرنسى من ضرورة إخضاع المسألة الأولى لقانون محل تقديم الكمبيالة^(٣)، وإخضاع الثانية للقانون الذى يحكم آثار العقد الأصلى المبرم بين الساحب والمسحوب عليه^(٤).

والسؤال: ما هو الحل الذى يبدو ملائماً لحكم هذه المسائل فى القانون المصرى؟ للإجابة على ذلك نتناول بحث المسائل التالية:

أولاً: بالنسبة للقانون الذى يحكم القبول فى ذاته شكلاً وموضوعاً، نقرر ما يلى:

١ - بالنسبة للقانون الذى يحكم الموضوع:

أ- نعتقد أن إعمال المادة ١٩ مدنى مصرى، بما تفضى إليه من تعدد فى القوانين الواجبة التطبيق، أمر يجب حصر نطاقه. فنص المادة ١/١٩ خاص بالتصرفات القانونية بصفة عامة وليس موجهاً للالتزامات الصرفية بما لها من خصوصية أبرزها الطابع الشكلى لمصدر هذه الإلتزامات التى تقوم بمجرد التوقيع على الصك. فإذا كان صحيحاً أنه يجب إعمال قانون الإرادة الصريحة من حيث الأصل، فإنه يلزم أن يتم الاختيار بصورة صحيحة وسليمة، فلا يكون مصطنعاً أو مغشوشاً، وأن يحقق التجانس بين الإلتزامات الصرفية وعدم تجزئتها. وبالنسبة لمسألة الاختيار الضمنى يتعين على القاضى المصرى أن يركز قانون الإرادة الضمنية فى دولة محل نشوء الإلتزام الصرفى فى الكمبيالة والسند الإذنى.

(١) الدكتور محسن شفيق، بند ١٢٢٠، ص ١١٥٠، الدكتور هشام صادق، المرجع والموضع السابقين.

(٢) الدكتور محسن شفيق، بند ١٢٢٣، ص ١١٥٢.

(٣) الدكتور محسن شفيق، بند ١٢٢١، ص ١١٥١.

(٤) الدكتور محسن شفيق، بند ١٢٢٢، ص ١١٥٢.

ب- وبالنسبة للضوابط الاحتياطية فى المادة ١/١٩ مدنى نرى أنها ضوابط غير ملائمة ويتعين إخضاع القبول لقانون الدولة التى يتم فيها.

٢- بالنسبة للقانون الذى يحكم شكل القبول:

يسرى على شكل القبول فى القانون المصرى نص المادة ٣٨٧ من قانونين التجارى الجديد لسنة ١٩٩٩ التى يجرى حكمها على إخضاع شكل الالتزامات بموجب الكمبيالة لقانون الدولة التى صدر فيها. ومع ذلك إذا كان الالتزام غير صحيح شكلاً بموجب هذا القانون ولكنه صحيح وفقاً لأحكام قانون المصرى فلا يكون لعيبه الشكلى أثر فى صحة الالتزامات اللاحقة التى تنشأ فى مصر بموجب الكمبيالة. ويسرى هذا الحكم عينه بالنسبة للسند لأمر وبالنسبة للشيك.

٣- بالنسبة للقانون الذى يحكم آثار القبول:

الأصل فى التصرفات القانونية عموماً هو أن القانون الذى يحكم نشأة تصرف من الناحية الموضوعية هو الذى يحكم آثار التصرف. أما الوضع فى خصوص الالتزامات الصرفية فإن له خصوصية. ولذلك نرى أن على القاضى المصرى أن يبحث عن الحل الواجب الأعمال بالنسبة لآثار القبول بالرجوع إلى مبادئ القانون الدولى الخاص (م ٢٤ مدنى)، أى تلك المبادئ العامة الأكثر شيوعاً بين الدول^(١). وتعتبر القاعدة المكرسة بمقتضى اتفاقية جنيف لسنة ١٩٣٠ والتى تقضى بإخضاع هذه المسألة بمقتضى المادة ١/٤ لقانون محل الوفاء بقيمة الورقة بمثابة مبدأ عام من مبادئ القانون الدولى الخاص التى يجب الرجوع إليها.

ومتى قدرنا أن قانون محل الوفاء هو الذى يجب أن يحكم آثار قبول المسحوب عليه فإن هذا القانون هو الذى يجب الرجوع إليه لحكم المسائل الآتية: مضمون ونطاق التزامات القابل فى مواجهة الساحب، والدفع التى

(١) راجع فى مفهوم هذا المبدأ، الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، بند ٢٣، ص ٩٩.

يمكن للمسحوب عليه أن يحتج بها في مواجهة الحامل أو الحملة المتعاقبين، والعملة الواجب الوفاء بها ومعدل الفوائد عن التأخير والتاريخ الذي يبدأ منه سريان هذه الفوائد، وهل من الجائز مدعاة المسحوب عليه بدعوى الإثراء بلا سبب في حالة سقوط الدعوى المصرفية أو عند إهمال الحامل، وكذلك آثار الوفاء الذي يقوم به المسحوب عليه للحامل غير الشرعي^(١).

ثانياً: بناء على التحليل الذي قلنا به عند تقديم الورقة للقبول في ظل اتفاقية جنيف لسنة ١٩٣٠، فإننا نرى أنه وعلى الرغم من أن هذه المسألة سابقة على القبول ذاته، إلا أنها تخضع لقانون المكان الذي تقدم فيه الورقة للقبول الذي هو في الغالب قانون محل الوفاء كما أشرنا.

وبالتطبيق لما تقدم يكون هذا القانون هو المختص ببيان الميعاد الذي يجب فيه تقديمها، والآثار التي تترتب على إهمال هذا الميعاد، وهل يجب أن يقع التقديم من الحامل الشرعي للورقة أم يجوز أن يقع من الحائز؟ وهل يمكن طلب القبول بعد ميعاد الاستحقاق؟ وهل يكون للمسحوب عليه أن يطلب التقديم مرة ثانية أو أن يستبقى الكمبيالة لمراجعة دفاتره وحساباته؟^(٢) كما يخضع - في رأينا - لذات القانون آثار القبول أو عدم القبول الذي قد يضيفه الساحب أو أحد المظهرين^(٣).

(١) في هذا المعنى في الفقه الفرنسي، أرمنجون، بند ١٧٢، أرمنجون كارى، بند ٤٤٠، ليسكو وريلو، بند ١٠٨١، رويلو، بند ٦٧٣، ص ٥٨١ وما بعدها، Schapira، المرجع السابق، بند ١٣٧، باتيفول ولاجارد، المرجع السابق، بند ٥٤٨، ص ٢٢٦ وما بعدها، لوسوران برايدان، المرجع السابق، بند ٥٤٨، ص ٢٢٦ وما بعدها، لوسوران برايدان، المرجع السابق، بند ٤٦٢، ص ٥٥٦، وموسوعة القانون الدولي - الأوراق التجارية، سابق الإشارة إليه، بند ٥٨، Chemaly، بند ٥٠٢.

وأنظر في القضاء الفرنسي.
Colmar, 24 Fev. 1965, Rev. 1967, 152, note lagarde; contra Trib. Com. Rouen, 17 juin 1949, S. 1950, 2, P. 41 note Houin, clunet 1950, 554. note Goldman; Rev. 1951, p. 646, note Y. L.

(٢) ليسكو وريلو، ص ٥٨٢، أرمنجون، ص ٣٢٥، Schapira، بند ١٢٣.

(٣) عكس ذلك، ليسكو وريلو، المرجع السابق، لوسوران وبريدان، قانون التجارة الدولية، ص ٥٥٦، هامش (١).

ثالثاً: وبالنسبة للقبول بالواسطة نرى أيضاً إعمال قانون محل الوفاء شأنه في ذلك شأن الضمان الاحتياطي، باعتبار هذه المسألة أيضاً على اتصال وثيق بمركز الثقل في العلاقات المصرفية وهو قانون محل التنفيذ. قد يقال إن مبادئ القانون الدولي الخاص (م ٢٤ مدنى) والمتمثلة في اتفاقية جنيف لسنة ١٩٣٠ - تقضى فيما يتعلق بهذه المسألة - بإخضاع الآثار الناتجة عن هذا الإلتزام لقانون الدولة التى نشأت فيها هذه الإلتزامات بمقتضى مذهب التعدد، إلا أن هذا الحل يتعرض - فى رأينا - لسانر الانتقادات التى وجهناها لهذا المذهب. ومن ثم يكون على القاضى المصرى أن يأخذ فى الاعتبار تلك النتائج الضارة من الناحية العملية والتى تترتب على مذهب التعدد، فوق ما ينطوى عليه من مساس بالعدالة ومخالفة للأهداف التى توخاها المشرع الوطنى فى كل دولة من الدول من رصد نظام خاص للأوراق التجارية.

ويبدو فى رأينا أن مذهب الوحدة هو وحده القادر على أن يحفظ للإلتزامات المصرفية طبيعتها الخاصة بها وما توجبه من سرعة التداول وتحقيق التجانس بين الإلتزامات المصرفية.

وإعمالاً للحكم المتقدم فإن قانون محل الوفاء هو الذى يحدد - فى رأينا - وقت حصول القبول، والأشخاص الذين يجوز أن يصدر عنهم، والأشخاص الذين يمكن أن يتم لمصلحتهم، والحل الذى يجب اتباعه عند التزاحم بين القابلين بالواسطة.

رابعاً: بالنسبة للمسألة الخاصة بالتزام المسحوب عليه بالقبول ومسئوليته عند الرضا يذهب الرأى الذى نناهضه فى الفقه المصرى - سيراً على نهج الفقه الفرنسى الذى انتقدناه - إلى أنه يجب "تطبيق القانون الذى يسرى على آثار العقد السابق الذى بمقتضاه عدا المسحوب عليه مديناً للساحب. بمعنى أنه يجب النظر إلى هذه المسألة بوصفها من الآثار التى تنفرع عن العقد المذكور فيسرى فى شأنها القانون الواجب تطبيقه على هذه الآثار، وهو القانون الذى يتفق عليه الساحب والمسحوب عليه أو قانون موطنهما المشترك أو قانون

محل إبرام العقد إن اختلفا موطنًا. فقواعد هذا القانون – التشريعية أو العرفية – هي التى تفصل فيما إذا كان من حق الدائن سحب كمبيالة على المدين، وفيما إذا كان هذا المدين مجبراً أو غير مجبر على قبول هذه الكمبيالة»^(١).

واضح أن أنصار هذا الاتجاه أيضاً – وهم من المؤمنين بمذهب التعدد أكثر من أنصار المذهب أنفسهم – يحسمون مسألة القانون الواجب التطبيق على التزام المسحوب عليه بالقبول فى كنف المادة ١٩ مدنى مصرى وهو ما لا يصح للأسباب التى أوردناها أكثر من مرة.

فضلاً عن ذلك فإن الفقه الذى نناهضه والذى أخضع تلك المسألة للقانون الذى يسرى على العقد السابق Le Contrat de base الذى بمقتضاه أصبح المسحوب عليه مديناً للساحب، إنما يستند على ما يبدو إلى أن التزام المسحوب عليه بقبول الكمبيالة مستمد من العقد الأساسى أو السابق الذى يربط بين الساحب والمسحوب عليه. بيد أن هذا القول – كما رأينا – لا يمكن القطع به فى كل الأحوال. وعلى سبيل الافتراض الجدلى أن حق الساحب فى سحب كمبيالة على المسحوب عليه يجد سنده فى العقد السابق بينهما، إلا أن ذلك لا يفيد بالضرورة سريان القانون الذى يحكم الرابطة السابقة على المسألة المتعلقة بمدى التزام المسحوب عليه بالقبول فى كل الأحوال.

والحق أننا نفضل إخضاع المسألة لقانون الدولة الواجب فيها الوفاء بقيمة الكمبيالة للأسباب التى عددناها سلفاً ونحن بصدد بحث المسألة فى ظل اتفاقية جنيف لسنة ١٩٣٠ وأبرزها الارتباط القائم بين التزام المسحوب عليه بالقبول وقانون محل الوفاء، ووحدة القانون الواجب التطبيق^(٢) وتلافى النتائج الشاذة التى يودى إليها تطبيق المادة ١/١٩ مدنى. فلو افترضنا مثلاً أن

(١) أستاذنا الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند ١٢٢٠، ص ١٥٥٠، وفى تأييده، الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٨٣٦، هامش (٤) من ذات الصفحة.

(٢) لوسوران وبريدان، قانون التجارة الدولية، ص ٥٥٦، موسوعة القانون الدولى – الأوراق التجارية، بند ٥٧.

المسحوب عليه رفض القبول، ورجع الحامل على الملتزمين الآخرين فى الورقة، فإن مدى التزام كل موقع منهم سوف يتحدد بالنظر إلى قانون الدولة الذى يحكم التزامه مع ما يؤدي إليه ذلك من آثار تنال من الثقة الواجبة فى الصك ذاته.

خامساً: تبقى أخيراً مسألة القبول الجزئى، فما هو القانون الذى يحكم هذه المسألة فى ظل القانون المصرى؟.

من رأى الفقه المصرى^(١) الذى نناهضه أن هذه المسألة شأنها شأن المسألة السابقة الخاصة بالتزام المسحوب عليه بالقبول تخضع للقانون الذى يسرى على آثار العقد الأصلى المبرم بين الساحب والمسحوب عليه. وهذا القول أيضاً لا يمكن التسليم به فى رأينا. فهو معيب لكونه يُخضع المسألة لحكم المادة ١٩ رغم عدم ملاءمتها ولأنه يسير على نهج القائلين بمذهب التعدد. لا بل إنه يذهب أبعد مما يذهب إليه دعاة التعدد أنفسهم.

فنحن نعلم أن اتفاقية جنيف لسنة ١٩٣٠ وعلى الرغم من أنها كرسست من حيث المبدأ، مذهب التعدد إلا أنها أخرجت - من باب الاستثناء - المسألة الخاصة بالقبول الجزئى (م ١/٧) وأخضعته للقانون الذى يحكم الوفاء بالورقة. كما يذهب الفقه الراجح إلى أن قانون محل الوفاء يحكم ليس فقط المسألة الخاصة بجواز أو عدم جواز القبول الجزئى، وإنما أيضاً الآثار التى تترتب على هذا القبول ذاته كما رأينا تفصيلاً.

وعلا على عدم تجزئة الصك، ورغبة فى مراعاة الطبيعة الخاصة للأوراق التجارية وإيماناً منا بضرورة البحث عن قانون يحقق الانسجام اللازم بين الالتزامات المصرفية الواردة على ورقة واحدة لما بينهما من ترابط، نقدر أن الحل الواجب إعماله فى القانون المصرى هو إخضاع مسألة القبول الجزئى

(١) الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند ١٢٢٢، ص ١١٥٢، وفى تأييده الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٨٢٦، وهامش (٤) من ذات الصفحة.

لقانون محل الوفاء. ونرى أن هذا الحل هو الواجب إعماله بمقتضى المادة ٢٤ مدنى مصرى بحسبان أنه هو الذى تفضى إليه مبادئ القانون الدولى الخاص. وتطبيقاً لما تقدم، فإن قانون محل الوفاء هو الذى يبين لنا ما إذا كان من الجائز، أم لا، وقوع القبول جزئياً أو معلقاً على شرط من شأنه أن يعدل فى البيانات الأصلية كميعاد الاستحقاق أو محل الوفاء. وبالمثل، فإن هذا القانون هو الذى يحدد حقوق وواجبات الحامل عند القبول الجزئى متى كان هذا القبول جائزاً.

المطلب السادس

عقود "الايروكريدى"

تعريف:

يقصد "بالايروكريدى"^(١) أو الائتمان المتعلق بسوق الدولار الأوروبى أو سوق العملات الأوروبية ذلك الاعتماد الممنوح بعملات أوروبية (ما يسمى Euro - monnaie)، أى بعملات يتم تداولها خارج دولة إصدارها^(٢). مثال ذلك الائتمان الممنوح بالدولار فى خارج أمريكا، والائتمان الممنوح باليورو خارج ألمانيا أو فرنسا ... وهكذا.

وتعرف سوق الدولار الأوروبى عموماً بأنها "مجموعة الودائع بالدولار الأمريكى التى تحتفظ بها البنوك الأوروبية، ومن بينها فروع البنوك

(١) فى المقصود بنظام "ايروكريدى" الائتمان فى سوق الدولار الأوروبى، الدكتور أحمد جامع، العلاقات الاقتصادية الدولية، الجزء الأول، الطبعة الثانية ١٩٨٠، ص ٤٤٩ وما بعدها؛ الدكتور السيد أحمد عبد الخالق، البنوك التجارية الدولية وأزمة المديونية العالمية - مجموعة البحوث القانونية والاقتصادية - جامعة المنصورة ١٩٨٩، ص ٨٨ وما بعدها، Freymond، مسائل القانون المصرفى الدولى، دروس لاهى، ١٩٧٠، سابق الإشارة إليه، ص ٤٤، وما بعدها Fouchard مقال بعنوان:

La loi Française et les opérations bancaires liées à L'activité internationale, colloque de Deauville organisée les 4 et 5 juin 1983 par L'association droit et commerce, Revue J. com., N° special 1984, P. 68, V. P. 82.

Stoufflet, Banque et opérations de Banque. Op. cit., N° 111; Freymond, (٢) cours la Haye, op. cit., P. 44.

الأمريكية فى أوروبا، والتي تستخدم فى فتح الائتمان بالدولار لمن يرغب فيه^(١). ومن واقع التطور الذى لحق هذه العملية فإنه يلزم استكمال هذا التعريف من نواحي ثلاثة^(٢): الأول: وهو ما يلاحظ على تسمية سوق الدولار الأوروبى من أنها تجمع ما بين الدولار الأمريكى كتنقذ أو كعملة وبين أوروبا كقارة أو مكان، أى ما بين عملية دولية قوية ما وبنوك أخرى تودع فيها هذه العملة غير بنوك دولة إصدارها. وفى ذلك تكمن السمة الجوهرية لهذه السوق، أى الجمع ما بين عملة دولة ما من جهة وبنوك غير بنوك هذه الدولة من جهة أخرى. وإذا كان ذلك هو المعيار، فليس هناك ما يمنع البتة - بل إن هذا هو ما حدث بالفعل - من أن نكون أمام ودائع بعملة دولة قوية أخرى خلاف الدولار الأمريكى وأن نكون أمام بنوك أخرى غير البنوك الأوروبية. ومن ناحية ثانية، فإن الأمر لم يعد يقتصر على مجرد إيداع الدولارات الأمريكية فى البنوك الأوروبية، كما كان الوضع عند بداية نشأة هذه السوق، لكن سرعان ما تطور الأمر إلى استخدام هذه الودائع استخداماً نشطاً فى عمليات مالية متعددة مثل المضاربة ومنح الائتمان بمختلف الأجل. "ومن هنا أصبحت سوق العملات الأوروبية تعنى فى الوقت الحاضر مجموعة أو شبكة متكاملة من العملات النقدية والمالية ذات الطابع الدولى مما جعل هذه السوق سوقاً نقدية ومالية دولية من الدرجة الأولى لم يسبق لها مثيل فى تاريخ العلاقات النقدية والمالية الدولية". ومن ناحية ثالثة، يلاحظ أن الأطراف المتعاملة فى هذه السوق لم تعد هى البنوك التجارية وحدها بالإضافة إلى المودعين فيها كما كان الحال عند بداية نشأة سوق الدولار الأوروبى، بل أضيفت إليهم البنوك المركزية والمؤسسات المالية الدولية والمشروعات ذات الحجم الكبير^(٣).

(١) الدكتور أحمد جامع، المرجع السابق، ص ٤٤٩.

(٢) الدكتور أحمد جامع، المرجع السابق، ص ٤٤٩ - ٤٥١.

(٣) فى عوامل نشأة هذه السوق وتطورها، الدكتور السيد أحمد عبد الخالق، البنوك التجارية الدولية وأزمة المديونية العالمية، مجموعة البحوث القانونية والاقتصادية ١٩٨٩، سابق الإشارة إليه، ص ٩٠ وما بعدها.

القانون الواجب التطبيق:

عمليات الائتمان هذه المتعلقة بسوق الدولار الأوروبى بالمعنى الذى حددناه، شأنها شأن غيرها من عقود الائتمان الأخرى، يحكمها قانون البنك المانع لها. على أن أول ما نلاحظه فى شأن هذه العمليات بصفة خاصة أنها عادة ما تكون موضوعاً لعقد مفصل تفصيلاً دقيقاً، يحوى - من بين التفصيلات التى يحويها - مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق عليها^(١)، وغالباً ما يختار القانون الإنجليزى أو القانون الأمريكى، وفى بعض الحالات القانون الفرنسى أو قانون لوكسمبورج^(٢).

لكن ما الحكم فيما لو لم يحدد الأطراف - وهذا فرض نادر - القانون الواجب تطبيقه على عقد الائتمان المتعلق بهذه العملية؟ نعتقد أنه يجب تطبيق قانون البنك المقرض أو مانح الائتمان أسوةً بما هو متبع فى شأن العمليات البنكية الأخرى فى غالبية الأحوال.

على أن تطبيق قاعدة الإسناد هذه بشأن عمليات "الإيروكريدى" لا يضى هكذا ببساطة. فالأمر لا يخلو من الصعوبة، وهى صعوبة ليس مردها عملة الائتمان، وإنما مردها أن هذه العمليات ذات بناء معقد فهى عمليات مشاركة جماعية يقوم فيها بنك واحد يسمى البنك الرائد Leader - Bank بالتعهد أو الارتباط المباشر مع المقرض على حجم وشروط كل الأمور المتعلقة بالقرض أو الائتمان المطلوب، ثم يقوم البنك الرائد بدعوة عدد من البنوك الأخرى للاشتراك فى تمويله، ويوزع عليهم "مذكرة" تحوى المعلومات

(١) Stofflet, op. cit., N° 111; Jacquement, le contrat d'eurocredit, clunet 1979, P. 34 et seq; Foucard, la loi Française et les opérations Bancaires liées à l'activité internationale, op. cit., N° 42, P. 83.

(٢) Foucard, المرجع السابق، فقرة ٤٢، وأنظر عنده تفصيلاً فى مدى ملاءمة القانون الفرنسى لحكم هذه العقود، فقرة ٤٣ وما بعدها.

المختلفة عن القرض والمقترض وظروفه^(١). ويوجد إلى جوار هذا البنك القائد بنك آخر يقوم عادةً بدور الوكيل عن البنوك الأخرى، ويسمى في هذه الحال agent - Bank له دور محوري و متميز في العملية محل البحث.

في هذه الصورة تتعدد البنوك التي تقدم الاعتماد، وغالباً ما تكون من جنسيات مختلفة أى منتمية إلى عدة دول. كما قد تتعدد البنوك التي تقوم بدور "الرائد" أو القائد. عندئذ يلزم البحث عن قانون واحد يجب تطبيقه. فالوحدانية في القانون الواجب الأعمال مطلوبة هنا بشدة نظراً لوحدة العملية، وهى وحدانية لا يتأتى الاهتمام إليها إلا بالوقوف على أمور متعددة: منها البنك الذى يضطلع بالأداء المتميز، وقانون الدولة التى يتحقق فيها أكبر تركيز للعمليات المذكورة، دون أن يغيب عن البال الأمر المتعلق بحماية توقعات الأطراف واحترام رغبتهم الجماعية فى إعمال قانون معين.

فما هو القانون الذى يمكن أن نتوسم فيه هذه السمات؟

لتحديد هذا القانون يجب على الباحث أن يركّز البصر صوب واحد من قانونين اثنين فى العملية: قانون البنك الرائد أو القائد، وقانون البنك الوكيل agent. وفى مرحلة ثانية يلزم البحث عن البنك - من بين هذين البنكين - الذى هو صاحب الأداء المميز أو الفذ أو المحورى فى العملية. ولن يخرج الحال عن واحد من فرضين اثنين:

أولهما: أن يعن للباحث أن دور البنك الرائد فى تنفيذ العملية يتمثل وحسب فى مجرد تجميع البنوك والإعداد للاعتماد أو القرض وإجراء المفاوضات بشأنه مقابل الحصول على مجرد الرسوم المسماه برسوم ترتيب القروض، وبحيث ينتهى كل دوره بمجرد التوقيع على العقد. عند ذاك لا

(١) أنظر فى الشروط اللازم توافرها فى البنك الرائد، الدكتور السيد أحمد عبد الخالق، المرجع السابق، ص ١٠٦ وما بعدها.

يُتَصَوَّر أن يكون أداء البنك القائد هو الأداء المحورى أو الفذ فى العملية ولا يكون من ثم هو المؤهل موضوعياً لحكم هذه العملية.

ثانيهما: أن يستكشف الباحث فى جلاء أن البنك الوكيل هو الذى يضطلع بالدور الهام فى العملية من حيث جمع ومتابعة استمرارية قيام المقترض بخدمة الدين من إعادة أصله بالإضافة إلى الفوائد والعمولات المستحقة على القرض أو الائتمان. وأنه هو الذى يتأكد من أن شروط العملية المتفق عليها وقت توقيع العقد قد نفذت، وهو الذى يقوم بتحصيل وجمع أنصبة المشتركين فى القروض ودفعها للمقترض، وأنه هو الذى يحسب ويجمع الفائدة بالمعدلات المتفق عليها وتوزيعها على المشتركين فى القرض كل بقدر حصته، وأنه هو الذى يسهر على مراعاة النصوص المتعلقة بالضمان ومدى ملاءمتها لما يستجد من ظروف مع إمكانية طلبه لضمانات إضافية، وهو الذى يتصدى للمشاكل المتعلقة بالضمان بالتنسيق والرد الجماعى على هذه الإشكاليات. عند ذلك لا يزوغ البصر ولا يطغى إن قطع الباحث أن قانون هذا الوكيل هو الذى يكون واجب التطبيق. فدوره فى العملية يكون هو الفذ أو المحورى دون تردد^(١).

المبحث الثانى الاعتماد المستندى

Le credit documentaire

لعل إيضاح المسائل المتعلقة بهذه العملية يقتضى منا أن نعرض لماهية الأعتداع المستندى ودوره فى التجارة الدولية (مطلب أول) ثم للقانون الواجب التطبيق عليه (مطلب ثان).

(١) قارن فى نفس الاتجاه Stoufflet، المرجع السابق، فقرة ١١٢.

المطلب الأول ماهية الاعتماد المستندي

البحث في هذه الماهية يقتضى منا أن نتناول تعريف الاعتماد المستندي وأهميته ونظامه القانوني.

أولاً: تعريفه:

يعرف الاعتماد المستندي^(١) بأنه عقد بمقتضاه يتعهد بنك (يسمى مُصدر الاعتماد émettrice) بفتح اعتماد بناء على طلب أحد عملائه (الأمر بفتح الاعتماد donneur d'ordre) لصالح شخص يسمى المستفيد bénéficiaire يتعهد فيه البنك بأن يدفع لهذا المستفيد مبلغاً مقابل تقديم الأخير للمستندات المحددة في الخطاب المرسل إليه والمسمى خطاب الاعتماد، وذلك خلال المدة المحددة به. ويعتبر عقد الاعتماد المستندي مستقلاً عن العقد الذى فتح الاعتماد بسببه، ويبقى البنك أجنبياً عن هذا العقد^(٢).

(١) وقد حظى هذا الموضوع بأبحاث ودراسات متعددة باللغة العربية، راجع منها: الدكتور على جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية - دراسة للقضاء والفقهاء المقارن وقواعد سنة ١٩٨٣ الدولية - القاهرة ١٩٨٩؛ الدكتور محيى الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، الجزء الثانى، ١٩٨٧؛ أعضاء على القواعد والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية - القاهرة - ١٩٨٤؛ الدكتورة حياة شحاتة، مخاطر الائتمان فى البنوك التجارية، القاهرة ١٩٩٠؛ الدكتورة زينب السيد سلامة، دور البنوك فى الاعتمادات المستندية من الوجهة القانونية، رسالة دكتوراه، الإسكندرية (غير مذكور فيها سنة المناقشة)؛ الدكتور السيد محمد اليماني، الاعتماد المستندي - رسالة دكتوراه - القاهرة، ١٩٧٤؛ الدكتورة نجوى أبو الخير، البنك والمصالح المتعارضة فى الاعتماد المستندي رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة، ١٩٩٠؛ جورجيت صبحى عبده قلينى، مبدأ الاستقلال فى الاعتماد المستندي، القاهرة ١٩٩٢. وأنظر فى الفقه الفرنسى:

Stoufflet, le credit documentaire, 1957; Nasser Maurice, le credit documentaire, Byrouth, 1958, Mattout, Droit Bancaire international, 1987, P. 297 etss.

(٢) راجع فى التعريفات المتعددة التى قبيل بها فى هذا الشأن فى الفقه المصرى والتعليق عليها، الدكتور محيى الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، الجزء الثانى ١٩٨٧، فقرة ٦٩ ص ٧٤٢ وما بعدها. =

ثانياً: دور الاعتمادات المستندية فى التجارة الدولية:

الحدث أن الاعتمادات المستندية المصرفية تلعب دوراً بالغ الأهمية فى مجال التجارة الدولية. فغالباً ما يتم تمويل هذه التجارة بواسطة أحد البنوك وذلك بتضمين عقود البيع الدولى للبضائع شرطاً مفاده أن يكون دفع الثمن عن طريق بنك عادةً ما يكون فى بلد المصدر (البائع المستفيد). وتعتبر الاعتمادات المستندية البنكية وسيلة نموذجية لتسوية عمليات التجارة الدولية، لأنها تضمن لكل طرف فى عقد البيع تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته العقدية. فبنك المشتري المستورد يفتح الاعتماد بالثمن لصالح البائع المستفيد متى أرسل إليه هذا الأخير مستندات البضاعة التى حددها له عميله المشتري وتحقق البنك من تطابق المستندات مع تعليمات العميل^(١).

خذ على ذلك مثلاً مبسطاً يوضح الدور الذى يحققه الاعتماد المستندى فى هذا الخصوص: إذا أراد تاجر مصرى أن يستورد بعض السلع من تاجر فى فرنسا، فمن الطبيعى ألا يطمئن التاجر المصرى إلى دفع ثمن هذه السلع قبل أن تصل إليه، كما أن التاجر الفرنسى لا يطمئن إلى إرسال سلعة إلى مصر إلا إذا قبض الثمن. فإذا ركن كل من التاجرين إلى ما يسيطر عليه من خوف وعدم طمأنينة لتعذر إبرام الصفقة بينهما وتعطلت حركة التجارة الدولية بين البلدين. وهكذا الحال بالنسبة لمعظم، إن لم يكن كل، الصفقات التى تبرم فى مجال التجارة الدولية. ومن هنا تبرز أهمية الاعتمادات المستندية، حيث تقوم البنوك بدور الوسيط فى العملية، وذلك بأن يفتح بنك المشتري اعتماداً لصالح

واقراً تعريف المادة ٣٤١ تجارى جديد التى تنص على أن "الاعتماد المستندى عقد يتعهد البنك بمقتضاه بفتح اعتماد بناء على طلب أحد عملائه (ويسمى الأمر) لصالح شخص آخر (ويسمى المستفيد) بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل" وتتص الفقرة الثانية من ذات المادة على أن عقد الاعتماد المستندى مستقل عن العقد الذى فتح الاعتماد بسببه، ويبقى البنك أجنبياً عن هذا العقد".

(١) فى هذا المعنى، الدكتور على جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، ١٩٨٩ المرجع السابق، فقرة ٦ ص ١١ وما بعدها؛ الدكتور حياة شحاتة، مخاطر الائتمان فى البنوك التجارية، ١٩٩٠ ص ١٧٧ وما بعدها.

البائع الفرنسي ويتعهد لدى هذا البائع بأن يدفع إليه ثمن البضاعة بعد فحص مستندات شحنها. وبهذه الطريقة يجد المشتري حلاً لمشكلته، مشكلة الثقة بينه وبين البائع، لأنه لن يدفع ثمن البضاعة إلا إذا تلقى مستندات تثبت أن البضاعة قد خرجت من يد البائع وأنها في طريقها إليه. فالبنك يقدم للمشتري الائتمان، ويستطيع البائع أن يحصل على قيمة البضاعة من البنك وهو مدين ملئ لا يتوقع إيساره ولا يخشى مماطلته^(١).

ويظهر من هذا المثال أن الاعتماد المستندي يحقق وظائف ثلاث: فهو وسيلة ضمان لطرفي البيع، ووسيلة وفاء لكل منهما بالتزامه، وتسوية تنفيذ البيع بوسائل فنية خاصة أبرزها تعهد البنك بناء على طلب المشتري لصالح البائع^(٢).

وللا اعتمادات المستندية أنواع متعددة أهمها ذلك التقسيم القائم على قوة الالتزام المصرفي المنيق منها. وهي من هذه الزاوية تنقسم إلى اعتماد قطعي غير قابل للرجوع فيه أو تعديله إلا بموافقة جميع أطرافه، واعتماد غير قطعي يقبل الإلغاء أو التعديل متى انطوى الإخطار به على شرط يخول ذلك للبنك^(٣).

(١) الدكتور محيي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك، الجزء الثاني، المرجع السابق، فقرة ٦٩٥، ص ٧٤٤.

وجدير بالإشارة أن ليس ثمة ما يحول مطلقاً - من الوجهة القانونية - دون استخدام الاعتماد المستندي في العمليات الداخلية، والعمليات طويلة أو قصيرة الأجل. وليس هناك ما يمنع دون استخدامه خارج نطاق عقد البيع - أنظر في ذلك Mattout القانون المصرفي الدولي، ١٩٨٧، ص ٢٩٧ هامش (٢).

(٢) الدكتور على جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، المرجع السابق، فقرة ٤ ص ٨ - وأنظر أيضاً في وظائف الاعتماد المستندي:

Jean Buech, les différentes fonctions de crédit documentaire selon les nouvelles règles et usances 1983, colloque de Deauville organisé les 16 et 17 juin 1984 par l'association Droit et commerce. Les opérations internationales de Banque, Revue de jurisprudence commerciale, 1985 (numero speciale) 1985, P. 18 ets.

(٣) أنظر في الصور المختلفة للا اعتمادات المستندية وتعريف كل منها، الدكتورة زينب السيد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٣٣ وما بعدها، ص ٣٦ وما بعدها؛ الدكتور على جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، المرجع السابق، فقرة ٨ وما بعدها، =

ثالثاً: النظام القانوني للاعتماد المستندي:

للاعتماد المستندي نظامه القانوني الخاص به حيث تتعدد أشخاصه وتتعدد الصور التي يتم بمقتضاها تدخل البنوك للقيام به وتنفيذه، كما تتعدد العلاقات الناشئة عنه.

أ- أشخاص الاعتماد المستندي:

يدخل في حلبة الاعتمادات المستندية، كما يظهر من التعريف الذي سطرناه - عدة أشخاص هم:

- العميل المشتري أو المستورد، ويسمى الأمر أو مصدر الأمر. ويتوقف فتح الاعتماد على رضا من البنك، فلا يلتزم بمجرد الطلب الذي يتقدم به العميل. على أنه متى قبل البنك بفتح الاعتماد كان عليه أن يتقيد بالبيانات التي طلب العميل تضمينها في خطاب الاعتماد.
- البنك المصدر أو المُنتشى: وهو بنك المشتري الذي يُفتح الاعتماد بناء على طلبه.

= ١٥ وما بعدها؛ الدكتور محيي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك، الجزء الثاني، ١٩٨٧، فقرة ٧٠٣ وما بعدها، ص ٧٥٦ وما بعدها؛ جورجيت صبحي عبده، مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي، المرجع السابق فقرة ٢٣ وما بعدها، ص ٣٩ وما بعدها، وأنظر أيضاً في الفقه الفرنسي:

Ferrounieri et Emmanuel de Chillaz, les opérations de Banque. 1980, N° 644 ets. P. 569 etss; Gavalda et Stoufflet, droit de la Banque, op. cit., N° 534 ets. P. 725 etss; Mattout. Droit Bancaire international, op. cit., N° 254 etss, P. 307 etss.

اقرأ في ذلك نص المادة ٣٤٣ من قانون التجارة الجديد لسنة ١٩٩٩ التي تنص على أنه "١ - يجوز أن يكون الاعتماد المستندي قابلاً للإلغاء أو باتاً غير قابل للإلغاء -٢- ويكون الاعتماد غير قابل للإلغاء إلا إذا اتفق صراحة على قابليته للإلغاء". وتنص المادة ٣٤٤ على أنه "لا يترتب على الاعتماد المستندي القابل للإلغاء أى التزام على البنك قبل المستفيد. ويجوز للبنك في كل وقت تعديله أو الغاؤه من تلقاء نفسه وبناء على طلب الأمر دون حاجة إلى إخطار المستفيد ما لم يكن قد تم التنفيذ". وتنص المادة ٣٤٥ على أنه "١- يكون التزام البنك في حالة الاعتماد المستندي البات قطعياً ومباشراً قبل المستفيد وكل حامل حسن النية للصك الذي سُحب تنفيذاً للعقد الذي فتح الاعتماد بسببه. ٢- ولا يجوز إلغاء الاعتماد المستندي البات أو تعديله إلا باتفاق جميع ذوى الشأن فيه".

- المستفيد، وهو البائع الذى يصدر الاعتماد لصالحه، والذى تُصرف إليه قيمة الاعتماد متى تقدم بمستندات شحن البضاعة.
- البنك المبلغ Banque notificatrice. فالمعتاد أن يكون أطراف الاعتماد المستندى هم الأطراف الثلاثة السابقة، فيقوم البنك المُنشئ أو المُصدر للاعتماد بتبليغه مباشرةً إلى المستفيد دون وسيط، أياً كانت صفته. غير أن الغالب من الناحية العملية أن يختار البنك المصدر للاعتماد مراسلاً له أو بنكاً آخر فى بلد البائع ليقوم بإبلاغ خطاب الاعتماد الوارد له من البنك المُصدر. ويدعوننا ذلك للتساؤل عن مركز البنوك المتدخلة فى تنفيذ الاعتمادات المستندية.

ب- صور تدخل البنوك فى الاعتماد المستندى:

- ١- قد يحدث أن يُصدر البنك فاتح الاعتماد خطاب الاعتماد ويرسله إلى المستفيد مباشرةً أو يسلمه للعميل الأمر ليرسله بدوره إلى المستفيد الذى يكون عليه أن يتقدم بمستندات البضاعة موضوع البيع إلى البنك المُصدر. فى هذه الصورة تكون بصدد بنك واحد. فالبنك المُصدر للاعتماد هو بذاته البنك المرسل والمنفذ فى آن واحد. على أن هذه الصورة ليست هى الغالبة فى العمل.
- ٢- قد يحدث أن يكلف البنك المُصدر للاعتماد بنكاً آخر يتدخل معه فى العملية بوصفه وسيطاً. وقد يكون هذا الوسيط فرعاً أو مراسلاً للبنك فاتح الاعتماد. هذا البنك الوسيط يختلف دوره، وهو اختلف له أهميته على تحديد القانون الواجب التطبيق.
- فقد يقتصر دور هذا البنك (أو الفرع أو المراسل) على مجرد إبلاغ خطاب الاعتماد إلى المستفيد. فهو مجرد "رسول أو ساعي بريد" كما يعبر عن ذلك البعض^(١). وينحصر دوره فى مجرد إبلاغ أو إيصال خطاب الاعتماد إلى المستفيد. فهو يقوم بعملية تبليغ أو إحاطة ليس إلا^(٢).

(١) الدكتور على جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، المرجع السابق، فقرة ٣ ص ٦.

(٢) الدكتور على جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية فقرة ٢٣٦، ص ٢٨٥، وقرن مع ستورفليه، الاعتماد المستندى فقرة ٢١٨ وما بعدها.

- وقد يتجاوز البنك الوسيط هذا الدور ويكون بنكا منفذاً، فيتعهد بأن يتم تنفيذ الاعتماد لديه. ومركز البنك الوسيط هذا أنه وكيل عن البنك فاتح الاعتماد^(١)، مع ما يترتب على ذلك من آثار.

ج - العلاقات القانونية الناشئة عن الاعتماد المستندي: تنشأ في إطار الاعتماد المستندي عدة علاقات:

- علاقة بين العميل (الأمر) والغير المستفيد (البائع)، وهي علاقة سابقة في نشأتها على نشأة الاعتماد المستندي. وهذه العلاقة تنشأ عن عقد البيع المبرم بينهما، والذي يُتفق فيه على أن تكون تسوية الثمن عن طريق فتح اعتماد مستندي. ومن ثم يلتزم المشتري بمقتضى عقد البيع بفتح الاعتماد لمصلحة البائع.

وهذه العلاقة لا شأن للبنك بها، بل إن الفرض أنه يجهلها. وفي ذلك تنص المادة ٢/٣٤١ من القانون التجارى الجديد على أن " عقد الاعتماد المستندي مستقل عن العقد الذى فُتح الاعتماد بسببه، ويبقى البنك أجنبياً عن هذا العقد"

- علاقة بين المشتري (الأمر) والبنك فاتح الاعتماد. وهذه يحكمها عقد فتح الاعتماد المستندي المبرم بينهما.

- علاقة بين البنك (منفذ الاعتماد) والبائع (المستفيد): وهذه علاقة مستقلة عن العلاقة بين البائع والمشتري من ناحية، وعن العلاقة بين المشتري والبنك من ناحية أخرى.

- علاقة بين البنك (منشئ الاعتماد أو مصدره) وبين البنوك المتدخلة في تنفيذ الاعتماد. وتختلف طبيعة الرابطة التى تربط بين هذه البنوك - كما ذكرنا - بحسب الدور الذى يقوم به البنك الوسيط فى تنفيذ الاعتماد.

(١) الدكتور على جمال الدين عوض، فقرة ٣ ص ٦ وفقرة ٢٣٨ ص ٢٨٧ والمراجع المشار إليها فيه.

المطلب الثانى القانون الذى يحكم الاعتماد المستندى

تقديم:

الواقع أنه لما كان الاعتماد المستندى دولياً بطبيعته من حيث المبدأ - لأنه يتم تسوية لبيع دولى - ويربط أطرافاً من دول مختلفة، ولما كان هذا النظام لم يحظ بتنظيم تشريعى من قبل عدد كبير من مشرعى الدول^(١)، فإن الأوضاع القانونية التى تحكمه تختلف وتتباين من دولة لأخرى. هذا التنوع أزعج البنوك والتجار، لأنه يعيق حركة التجارة الدولية التى يتطلب نموها - وبقدر الإمكان - وحدة الإصطلاحات القانونية المستعملة ووحدة الحلول التى تحكم الاعتماد المستندى. وقد نشطت حركة التوحيد لنظام الاعتماد المستندى منذ سنة ١٩٢٣ حيث وضعت فى هذا التاريخ "القواعد والعادات الخاصة بتوحيد الاعتمادات المستندية" فى فيينا، وأعيدت صياغتها عدة مرات آخرها فى باريس ١٩٨٣^(٢).

١ - راجع Mattout، المرجع السابق، فقرة ٢٤٨ - ٢٩٨ - ٢٩٩. والهامش حيث يشير إلى أن الاعتماد المستندى من خلق الممارسة الدولية بين البنوك وأنه لم يحظ بتنظيم تشريعى فى كثير من التشريعات. عدا الولايات المتحدة (قانون التجارة الموحد (المادة ٥) والتي لا تطبق فى ولاية نيويورك).

وقد نظم المشرع التجارى المصرى الجديد فى القانون ١٧ لسنة ١٩٩٩ الاعتماد المستندى (المولد من ٣٤١ - ٣٥٠).

(٢) فى عرض مفصل لهذه القواعد، الدكتور محيى الدين إسماعيل علم الدين، أعضاء على القواعد والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية، القاهرة ١٩٨٤؛ الدكتور على جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، المرجع السابق، فقرة ٢٣ وما بعدها ص ٣٨ وما بعدها، وأقرأ عنده أيضاً نصوص لائحة قواعد الاعتمادات المستندية الجديدة - نشرة غرفة التجارة الدولية رقم ٤٠٠ والمنفذة ابتداءً من أول أكتوبر ١٩٨٤، ص ٤٥٩ وما بعدها.

ومما هو جدير بالإشارة أن توحيد قواعد الاعتمادات المستندية ليس معاهدة دولية، وإنما هى مجموعة خاصة متعلقة بالقانون الخاص يمكن لكل من له مصالح متعلقة بالاعتمادات المستندية أن ينضم إليها سواء كان من أشخاص القانون الخاص أم من أشخاص القانون العام. فتتضم إليها البنوك واتحاداتها. كما تستفيد من أحكامها شركات النقل ومنشآت التأمين وكذا أطراف المعاملات الدولية من مستوردين ومصدرين، بائعين ومشتريين.

والذى ينبغى التعجيل بذكره أن وجود مثل هذه القواعد والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية ليس من شأنه أن يقتل حالات تنازع القوانين بشأن هذه المسائل من جذورها، وإن كان من الطبيعي أن يقلل من حالات ثورانها^(١). التنازع إذن متحقق لا محالة رغم التوحيد لعدة أسباب يمكن حصرها فى أمرين:

حاصلهما أولهما، أن القواعد والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية لم تأت على تنظيم كافة المسائل المتعلقة بهذا النوع من الاعتمادات. فهى مثلاً لم تعرض لعيوب الرضاء وجزاء عدم التنفيذ ونظام التعويضات. ومن هنا يبقى باب التنازع مفتوحاً بشأن هذه المسائل بحثاً – عند التنازع – عن القانون الواجب التطبيق عليها، وهو الأمر الذى يفتح المجال أمام انطباق القانون الذى يحكم العقود وذلك الذى يحكم المسؤولية التقصيرية فى نطاق العلاقات الخاصة الدولية^(٢).

(١) فى هذا المعنى، الدكتور على جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، فقرة ٣٣، ٥٤؛ لوسوران وبريدان، قانون التجارة الدولية، فقرة ٦٧٤ ص ٧٤٣؛ Gavalda موسوعة القانون الدولى – تحت عنوان Banque et etablissement Firancier المرجع السابق، فقرة ٨١ ص ٢٢٠؛ Mattout القانون المصرفى الدولى، فقرة ٢٥٢ ص ٣٠٣ وما بعدها.

(٢) اقرأ فى ذلك المعنى Stoufflet، فتح الاعتماد المصرفى فى القانون الدولى الخاص، clunet، ١٩٦٦، ص ٥٨٢، حيث يقول:

A la Vérité on pourrait douter de l'intérêt pratique de problème. En une matière peu réglementée, les règles et Usances de la Chambre de Commerce Internationale suivies d'une matière à peu près universelle depuis que les banques britanniques ont donné leur adhesion au texte revise de 1962, n'éliminent – elles pas toutes les occasions de conflits de lois? Assurément, les cas de conflits sont rares, mais ils n'ont pas été complètement éliminés parce que l'opération malgré un particularisme accuse demeure en partie sous la dependance du droit commun des obligations. Les rédacteurs des Règles et Usances n'ont pu prévoir toutes les difficultés susceptibles de résulter du jeu d'un mécanisme complexe et en evolution constante. Certains conflits se produisent donc à propos de points non réglés. Ainsi les Règles et Usances sont muettes en ce qui concerne la responsabilité de la banque envers le bénéficiaire en cas de retard apporté à la notification du credit. De telles lacunes n'ont rien=

وخلصاً ثانيهما، أن الرأي الراجح في مصر وفرنسا^(١) يذهب إلى أن القواعد والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية لا تنطبق تلقائياً إذا لم يفصح أصحاب الشأن عن رغبتهم في ذلك. فهي قواعد ليست صادرة عن المشرع الوطني في كل دولة. فلا هي بالقواعد الأمرة ولا بالقواعد المكملة لإرادة الأطراف. ولا يكفي أن يسكت الأطراف لكي يمكن تطبيقها، لأنها ليست عرفاً منزماً. وبعبارة أخرى، فإن هذه القواعد لا تنطبق إلا إذا أحال إليها الأطراف صراحة، وهو الأمر الشائع في العمل. وهذا هو عين ما نصت عليه المادة الأولى من القواعد المعدلة لسنة ١٩٨٣ بقولها "ويجب أن ينص في كل اعتماد مستندي صراحة أنه خاضع للقواعد العرفية الموحدة".

وفي السياق ذاته نصت المادة ٣٤١/١ من القانون التجاري الجديد على أنه "تسرى فيما لم يرد في شأنه نص خاص في هذا الفرع القواعد الواردة بالأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية الصادرة من غرفة التجارة الدولية".

وإذا ما أحال الأطراف صراحة إلى أعمال هذه القواعد والعادات الموحدة بشأن اعتماد مستندي ذي طابع دولي (وغالباً ما يكون كذلك)، فإن القاضى المنظور أمامه المنازعة لا يطبق هذه القواعد مباشرة وبصفة آلية: إن أعمال هذه القواعد يعوزه وجود قاعدة إسناد تشير بتطبيق قانون الإرادة كشرط

= de surprenant. Une solution uniforme des problèmes qui mettent directement en cause les principes du droit des contrats et de la responsabilité civile ne peut être obtenue sans intervention des États".

(١) في مصر الدكتور مصطفى كمال طه، القانون التجاري، ١٩٨٨، فقرة ٥٨١ ص ٥٢٠ - ٥٢١؛ الدكتور على البارودي، القانون التجاري ١٩٧٥، ص ٥١٥ هامش (٢) الدكتور على جمال الدين، الاعتمادات المستندية، المرجع السابق، فقرة ٢٨، ص ٤٥ وما بعدها؛ الدكتورة زينب سلامة، رسالة المرجع السابق، ص ٣٣؛ الدكتور محيي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك، المرجع السابق، فقرة ٦٩٧، ص ٧٤٩؛ الدكتور أمين محمد بدر، الاعتمادات المستندية معهد الدراسات المصرفية ١٩٥٧، الدكتور السيد محمد اليماني، رسالة، المرجع السابق، ص ٢٠؛ ستوفليه، الاعتمادات المستندية، رسالة، فقرة ١٠٦ ص ١٠٥، Mattout، القانون المصرفي الدولي، المرجع السابق، بند ٢٥٠ ص ٣٠٠ وما بعدها، وأنظر محكمة باريس التجارية، ٨ مارس ١٩٧٦، Rev. jur. Com.، ١٩٧٧، ص ٧٢ تعليق Le Guidec.

لإعمال القواعد الموضوعية المراد تطبيقها بوصفها من قبيل قواعد القانون التجارى الدولى^(١). وبعبارة أخرى، فإن الذى يضى على هذه القواعد، المتفق على إعمالها، قوتها الإلزامية ويقر الآثار القانونية المترتبة عليها هو وجود قاعدة تنازع فى قانون دولة القاضى الناظر فى المنازعة^(٢).

هذا، وينضاف إلى ما تقدم اعتبار آخر لا ينبغى التقليل من أهميته. فمن المسلم به أن توحيد القواعد الموضوعية، فى مجال معين بمقتضى اتفاقية دولية وبحيث تنطبق القواعد الموحدة فى كل الدول المنضمة إليها (كما هو الشأن بالنسبة لاتفاقيات جنيف لسنة ١٩٣٠، ١٩٣١ الخاصة بالأوراق التجارية) لا يقضى على حالات التنازع، وذلك لأسباب من بينها اختلاف القضاء فى تفسير وتطبيق النصوص الموحدة ذاتها. فالقضاء فى مختلف الدول يتأثر بالأسلوب الوطنى فى التفسير، أى بالتصورات الوطنية والمبادئ السائدة فى دولة القاضى. إذا كان ذلك كذلك بشأن القوانين الموحدة ذاتها، وهى قوانين ملزمة فى داخل كل دولة باعتبارها قوانين وطنية، فإن التنازع واقع لا محالة إذا تعلق الأمر بإعمال قواعد وإن كانت موحدة إلا أنها لا تنزل منزلة التشريع أو العرف كما ذكرنا.

التنازع إذن محتمل وقوعه وإن قل نطاقه هنا أكثر من أى ميدان آخر. وفى سبيل بيان القانون الواجب التطبيق نعرض لوضعين: الوضع حيث يقوم بتنفيذ الاعتماد المستندى بنك واحد (فرع أول)، والوضع حيث يتم التنفيذ بواسطة أكثر من بنك (فرع ثان).

(١) Mayer، القانون الدولى الخاص، الطبعة الرابعة، ١٩٩١، فقرة ٧٠٠ ص ٤٣٩ - ٤٤٠؛ الدكتور هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الإسكندرية ١٩٩٢ (دروس لطلبة دبلوم القانون الخاص ص ١٣٧ وما بعدها؛ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولى - القاهرة ١٩٨٩، فقرة ٤٨٠، ص ٤٢٣ وما بعدها، والمراجع المشار إليها فيه، وقرة ٤٩٣ وما بعدها، ص ٤٣٢ وما بعدها، وقرة ٥٢٨ ص ٤٦٠ وما بعدها.

(٢) ستوفليه، الاعتماد المستندى، المرجع السابق، ص ١١٢.

الفرع الأول الاعتماد المستندي ينفذه بنك واحد

لتحديد القانون الواجب التطبيق في هذا الشأن ينبغي ابتداءً ملاحظة أمرين: أولهما، جملة العلاقات الناشئة عن الاعتمادات المستندية أخذين في الحسبان الوظيفة الاقتصادية والقانونية التي يحققها الاعتماد المستندي. ثانيهما، أن "الاعتمادات المستندية منفصلة عن عقود البيع والعقود الأخرى التي تكون أساساً لها، ولا تنقيد البنوك بهذه العقود حتى ولو نص الاعتماد المستندي على أية إشارة إليها"^(١). من هذا المنظور يجب أن يكون واضحاً في الذهن أن القانون الواجب التطبيق والمراد تحديده إنما هو ذلك القانون الذي يحكم الاعتماد المستندي بوصفه إحدى العمليات المصرفية. بعبارة أخرى يتعين أن نبحث عن القانون الذي يحكم العلاقات القانونية الناشئة عن الاعتماد المستندي. فلا شأن لنا - هنا - بالقانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية التي مهدت لقيام الاعتماد المستندي والتي تكون أساساً له - بيعاً كان أم غيره. فهذه العقود - متى كانت دولية يحكمها القانون الخاص بها طبقاً لحكم المادة ١/١٩ مدنى مصرى. ولا تلامز، على أى حال، بين دولية العقد - أساس الاعتماد المستندي - ودولية هذا الأخير. فقد يكون عقد البيع أساس الاعتماد المستندي وطنياً فى جميع عناصره، بينما يكون مع ذلك الاعتماد المستندي ذاته دولياً.

إذن القانون الذى يحكم الاعتماد المستندي والروابط الناشئة عنه أمر لا شأن له بمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد أساس الاعتماد المستندي بيعاً كان أو خلافه.

(١) المادة ٣ من قواعد الاعتمادات المستندية الجديدة، والمنفذة ابتداءً من أول أكتوبر ١٩٨٤. وهذا المعنى مستقر فى الفقه والقضاء. انظر فى ذلك: جورجيت صبحى عبده قلبنى، المرجع السابق، ص ١٠٤ وما بعدها، الدكتور حياة شحاته، المرجع السابق، فقرة ١٨٥ وما بعدها، ص ٢٠١ وما بعدها.

متى تحدد ما تقدم وأردنا أن نعين القانون الواجب التطبيق في هذا
الفرض، فإنه يلزم أن نعرض الأحكام الآتية:

أولاً - قد يحدث أن يلجأ البنك مُصدر أو مُنشئ الاعتماد إلى الأمر
نفسه ويسلمه خطاب الاعتماد فيقوم هذا الأخير بنقله إلى المستفيد، كما قد
يرسله إلى المستفيد مباشرة^(١). في هذه الحالة وتلك لا يكون هناك إلا بنك
واحد أحد، فيكون البنك المُصدر هو البنك المُرسل والمنفذ في آن واحد.
صحيح أن هذه الصورة ليست هي الغالبة في العمل لكن الواقع لا يجهلها. وفي
هذا الفرض نتواجد بصدد العلاقات التالية:

(١) العلاقة بين الأمر بفتح الاعتماد والبنك المصدر له:

والغالب أن تكون هذه العلاقة وطنية خالصة. فالمصرى مثلا الذي
يرغب في فتح اعتماد لمصلحة مستفيد أجنبي (البائع) لا يلجأ غالبا - كما
قلنا - إلا إلى بنك وطني في دولته. وعادة ما يتم تنظيم هذه العلاقة بدقة بين
طرفي العلاقة وهما العميل الأمر بفتح الاعتماد والبنك المصدر له. وهو
تنظيم يتم في الغالب وفق آليات محددة بدقة وتفصيل في قانون البنك فاتح
الاعتماد^(٢).

(٢) العلاقة بين البنك فاتح الاعتماد والمستفيد (البائع):

في هذه الحالة نكون أمام بنك واحد هو الذي يتعهد في مواجهة المستفيد
بتنفيذ الاعتماد. والتزام البنك هنا هو التزام بالإرادة المنفردة كما سنرى
تفصيلا.

(١) حيث يلزم، تنفيذاً للاتفاق المبرم مع المشتري، أن يقوم البنك مُصدر الاعتماد بإرسال
خطاب الاعتماد إلى البائع. ويسمى الخطاب "خطاب الاعتماد" المستندى. وقد يُرسل
الخطاب عن طريق بنك وسيط موجود في دولة البائع ويسمى بالبنك القائم بالإخطار أو
المبلغ. كما جرى العمل على تسمية الإخطار *accreditif* - هذا ويتضمن الإخطار
الشروط التي تحدد حقوق والتزامات كل من البنك فاتح الاعتماد والبائع المستفيد من
الاعتماد. أنظر الدكتور على جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، المرجع
السابق، ص ٦.

(٢) في هذا المعنى جاقالدا، موسوعة القانون الدولي - تحت عنوان: البنك والمؤسسات
المالية، فقرة ٨٥ ص ٢٢٠.

والحال كذلك فإن التزام البنك لا تسرى بشأنه المادة ١٩ / ١ مدنى مصرى لعدم ملاءمتها بصفة مطلقة لهذا النوع من الالتزامات. غير أن القاضى المصرى يملك خلق أو إنشاء قاعدة إسناد جديدة بالرجوع إلى المبادئ العامة للقانون الدولى الخاص. هذه القاعدة - كما ذكرنا - هى تطبيق قانون المصرف الذى يضطلع بالأداء المميز فى العملية. ولا شك أن المصرف الملتزم هو الذى يتفرد بالقيام بهذا الأداء.

ثانياً - قد يحدث أن يتدخل فى العملية بنكان، ولكن عند التحليل لا يكون ثمة من منفذ إلا بنك واحد، ويتم ذلك فى الفرض حيث يكون البنك المراسل للبنك فاتح الاعتماد "مجرد رسول أو ساعى برید"^(١)، غير ملزم شخصياً بشئ من الاعتماد ومكلفاً بمجرد القيام بعملية الإخطار ليس إلا.

فى هذه الصورة يتماثل الوضع مع الصورة السابقة: البنك مصدر الاعتماد هو ذاته الذى يقوم بتنفيذ الاعتماد ويكون بذلك الأداء الصادر عنه هو الأداء المميز فى العلاقة. ويبدو دور البنك الوسيط بوصفه دوراً هامشياً فلا يلتزم بشئ، وكل ما عليه هو أن يبذل الجهد المعقول لفحص مدى لامة الاعتماد الذى يُبلغ المستفيد به، وذلك من الناحية الظاهرية^(٢).

والحال كذلك فإن قانون البنك مُصدر الاعتماد يكون هو الواجب التطبيق دون شبهة من شك. ولا ينال من الدور الفذ للبنك المصدر للاعتماد، مع هامشية دور البنك الوسيط، وهنا، كون هذا الأخير يفحص مدى سلامة الاعتماد من الناحية الظاهرية. فما يقوم به لا يعدو أن يكون مجرد عمل مادى - وإن احتاج إلى جهد - ينطوى على عون ومساعدة للبنك المصدر للاعتماد تقرضه طبيعة المعاملات المصرفية الدولية. فالبنك المصدر للاعتماد الذى يطلب

(١) الدكتور على جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، المرجع السابق فقرة ٣، ص ٦ وفقرة ٢٣٦ ص ٢٨٥.

(٢) المادة ٨ من القواعد والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية لسنة ١٩٨٣، وفى تحديد المقصود بالفحص الظاهرى للمستندات، أنظر الدكتورة حياة شحاتة، مخاطر الائتمان فى البنوك التجارية، ١٩٩٠، المرجع السابق، فقرة ٢٠٣ ص ٢٢٧، ٢٢٨.

اليوم العون والمساعدة المادية من غيره من البنوك فى الخارج، هو نفسه غداً الذى يُقدم العون لبنك آخر فى الخارج قام بفتح اعتماد لمصلحة مستفيد متوطن، أو مقيم فى دولته.

الفرع الثانى

الاعتماد المستندى ينفذه أكثر من بنك

فى هذا الفرض يكون البنك الوسيط هو البنك المنفذ للاعتماد المستندى، سواء تصرف بوصفه وكيلاً عن البنك مُصدر الاعتماد فى الوفاء أو قبول الكمبيالة المستندية التى يسحبها البائع، أم باعتباره متعهداً تعهداً شخصياً نهائياً ومستقلاً بمقتضى تأمين أو تعزيز الاعتماد Confirmation، وهو تعهد يضاف إلى تعهد البنك الفاتح، وبحيث يكون للبائع حق مباشر فى مواجهة كل من البنكين^(١).

فى هذه الصورة - وهى الشائعة فى العمل - نكون بصدد بنكين: بنك المشتري المستورد، وهو البنك مصدر الاعتماد، والبنك الوسيط منفذ الاعتماد. والسؤال قانون أى من هذين البنكين هو الذى يكون واجب التطبيق ليحكم العلاقة بين هذا البنك منفذ الاعتماد والمستفيد؟

أولاً موقف الفقه:

تعددت الآراء الفقهية فى هذا الشأن منها ما هو مرجوح ومنها ما هو راجح. نعرض لذلك تفصيلاً:

(١) الدكتور على جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، ص ٦ وما بعدها، وفترة ٢٣٨، ص ٢٨٧ وما بعدها؛ الدكتورة زينب سلامة، رسالة، فترة ١٣٦ ص ٢٢١، وما بعدها؛ جورجيت صبحى عبده، مبدأ الاستقلال فى الاعتماد المستندى، المرجع السابق، فترة ٧٠ وما بعدها، ص ٩٠ وما بعدها.

١- الآراء المرجوحة:

هناك من قال بضرورة التمييز بين الاعتماد غير المؤيد *non confirmé* والاعتماد المؤيد^(١) *confirmé*: الأول يخضع لقانون بنك المشتري (أى لقانون البنك المصدر أو المنشئ للاعتماد) بينما يخضع الثانى لقانون بنك المستفيد (البايع) الذى يقوم بتنفيذ الاعتماد^(٢). وهذا الرأى كما سنرى غير جدير بالتأييد ولذا ليس بمستغرب أن لا نجد له تطبيقات قضائية.

وهناك من يرى تطبيق قانون بنك المشتري، أى قانون دولة البنك المصدر للاعتماد قولاً بأن هذا البنك هو الذى يقدم الأداء المميز باعتبار ما

(١) فقد يشترط البائع (المستفيد) على المشتري (الأمر بفتح الاعتماد) فى عقد البيع المبرم بينهما، أن يفتح له اعتماداً قطعياً، لتسوية ثمن البضاعة محل التعاقد. والذى يحدث هو أن المستفيد لا يكتفى بذلك، كنوع من الضمان، وإنما يضيف طلباً آخر يعزز به ضمانه الناشئ عن مجرد فتح الاعتماد، وذلك بأن يطلب تعزيز الاعتماد المستندى من قبل أحد البنوك المعروفة فى بلده، إذ عادة ما يفتح العميل الأمر الاعتماد لى بنكه هو والكاكن فى بلده، وهو بنك قد يكون مجهولاً بالنسبة للمستفيد، لذلك يلجأ إلى تعزيز الاعتماد لى بنك معلوم لديه. والتعزيز هذا يعنى أن يلتزم البنك الذى قبل التأييد أو التعزيز مباشرة أمام المستفيد بتنفيذ الاعتماد وذلك بتقديم المستندات. وبعبارة أخرى، فإن التأييد يشكل تعهداً نهائياً من البنك المؤيد، بالإضافة إلى تعهد البنك المصدر. هذا، وقد أشارت إلى هذا التمييز المادة ٨ من مجموعة القواعد والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية. راجع بصفة عامة فى التفرقة بين هذين النوعين من الاعتمادات المستندية، الدكتور على جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، المرجع السابق فقرة ١٣ ص ٢٤؛ الدكتور محبى الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحية القانونية والعملية، الجزء الثانى، المرجع السابق، فقرة ٧٢١ وما بعدها، ص ٧٦٩ وما بعدها؛ الدكتورة حياة شحاتة، مخاطر الائتمان فى البنوك التجارية مع إشارة خاصة لمصر، ١٩٩٠، المرجع السابق، فقرة ١٧٦ وما بعدها، ص ١٩٠ وما بعدها؛ الأستاذة جورجيت صبحى عبده قلىنى، مبدأ الاستقلال فى الاعتماد المستندى، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، فقرة ٢٩ ص ٤٥ - ٤٦.

(٢) Von coemmerer مشار إليه عند:

Kegel, Les operations de Banque en droit international privé allemand. op. cit., P. 203; Gutteridge - Megrah, the low of Bankes, commercial credits. 3e ed, - 1965, PP. 168 - 171 et P. 174, comp. en meme sens dans cette hypothèse, Mattout, op. cit., P. 305.

يؤديه من مهنة يحترف القيام بها^(١). فوق ذلك، فإن محل الوفاء بقيمة الاعتماد يمكن أن يتعدد بين أكثر من مكان، كما هو الشأن بالنسبة للاعتماد الدائر Le credit circulaire. وتبعاً لاختلاف هذا المكان تتباين وتتنوع مسائل أخرى عديدة مثل العملة التى يتم بها دفع قيمة الاعتماد. وينضاف إلى ذلك كله، أن البنك المصدر للاعتماد هو الذى يضطلع بعملية الوفاء، التى ينبغى النظر إليها بوصفها أداءً مميزاً من قبل هذا البنك. وهذا هو ما تقرره صراحة المادة ٩ من القواعد والعادات الموحدة لسنة ١٩٨٣ التى تنص على أن يلتزم البنك فاتح الاعتماد بأن "يدفع القيمة للبنك أو الفرع الذى كلف بدفع القيمة أو القبول أو التداول إذا كان قد قام بذلك قبل أن يتسلم الإخطار بالغاء الاعتماد أو تعديله، وتم الدفع مقابل مستندات مطابقة فى ظاهرها لنصوص وشروط الاعتماد"^(٢).

ولقد أخذ بهذا الحل بعض أحكام القضاء. فقد قضت المحكمة الفيدرالية السويسرية فى حكم لها فى ٥ ديسمبر ١٩٦١ بقولها^(٣):

"Les accreditifs sont soumis au droit de siege de la Banque qui ouvre L'accreditif".

ومن جانبنا، لا نشاطر هذا الاتجاه مذهبه. فإعمال قانون البنك المصدر للاعتماد يخل بتوقعات المستفيد ولا يوفر له الحماية التى ينتظرها فى أغلب الأحوال: فعقد البيع المبرم بين البائع والمشتري (المصدر والمستورد) لا يحدد عادة البنك مصدر الاعتماد، إنما يشير إلى أن هذا الاعتماد سوف يقدم إلى بنك (قد يكون فرعاً أو مراسلاً للبنك مصدر الاعتماد) موجود فى الدولة التى يوجد بها المستفيد (البائع). مقتضى ذلك، أن قانون البنك المصدر للاعتماد سيكون

(١) Kegel، عمليات البنوك فى القانون الدولى الخاص الألمانى، المرجع السابق، ص ٢٠٣، وفى ذات الاتجاه: Droit Bancaire international، Mattout، مجلة البنك، ١٩٨٧، ص ٣٠٤ وما بعدها.

(٢) Mattout، المرجع السابق، فقرة ٢٥٢، ص ٣٠٤ - ٣٠٥.

(٣) Clunet 1965, 940, obs. Lalive.

مجهولاً في أغلب الحالات من قبل المستفيد وهو ما يضع هذا الأخير عندئذ
رهن رغبة المشتري ومشينته بالنسبة لمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق
على الاعتماد⁽¹⁾.

ب- الرأي الراجح: تطبيق قانون البنك المنفذ:

إن الناظر في العلاقات القانونية المتولدة عن الاعتماد المستندي يلحظ
أن العنصر المهيمن والجوهري هو ذلك الأداء الذي يقوم به البنك المنفذ
للاعتدال المستندي في مواجهة المستفيد (البائع). وذلك بحسبان أن تسوية البيع
تمثل الغاية والهدف الاقتصادي المتوخى من الاعتماد. فالبنك المنفذ للاعتدال
هو الذي يقوم بالوفاء للمستفيد أو بدفع أو قبول، أو خصم كمبيالات مسحوبة
بواسطة المستفيد مقابل مستندات مشترطة ومحددة. فوق ذلك، فإن بنك المستفيد
هو الذي يتحمل أكبر قدر من المخاطر التي تعقد المسؤولية على رأسه، بصفة
خاصة في الفرض حيث لا تكون المستندات والأوراق مطابقة بدقة للاعتدال
المفتوح.

والحال كذلك، فإن قانون المكان الذي يتحقق فيه هذا الأداء المميز
يكون هو المؤهل - أكثر من غيره - ليحكم الاعتماد المستندي. هذا المكان هو
دولة البنك الذي يقوم بتنفيذ الاعتماد، فيكون قانون هذا البنك هو الواجب
التطبيق. زد على ذلك أن هذا القانون هو الذي يتفق وتوقعات الأطراف،
وبصفة خاصة المستفيد الذي يبحث في الاعتماد المستندي عن ضمانات إضافية
تحقق له الأمان La Sécurité، وهي ضمانات لا تتحقق إلا بتعهد من البنك المنفذ،
وهو تعهد يتم وفق أحكام قانون الدولة التي يوجد بها. ولا شبهة في أن من

Stoufflet, l'ouverture de crédit Bancaire en Droit international privé, clunet (1)
1966, P. 582 ets., V. Précisément P. 598.

المفترض أن المستفيد على علم بهذا القانون: فهو قد اختار هذا المكان أو شارك في اختياره أو قبله في كل الأحوال^(١).

الأساس القانوني لتطبيق قانون البنك المنفذ للاعتماد في مواجهة المستفيد:

وإذا سلمنا بأن قانون البنك المنفذ للاعتماد هو الذي يحكم العلاقة بين هذا البنك والمستفيد، فما هو الأساس القانوني لانطباق هذا القانون؟.

(١) قد يقول قائل^(٢) بأن مركز البنك الوسيط الذي يقوم بتنفيذ الاعتماد المستندي هو أنه وكيل عن البنك مصدر الاعتماد، وأنه لما كان الراجح في الفقه^(٣) أن الوكالة يحكمها قانون دولة التنفيذ، كان من مؤدى ذلك إخضاع الاعتماد المستندي لقانون بنك المستفيد، أي قانون الدولة التي تم فيها تنفيذ الاعتماد.

وبالتطبيق على ما تقدم، لو أن بنكاً فرنسياً قد أصدر اعتماداً لصالح مستفيد متوطن في مصر وعهد إلى بنك مصري بتنفيذ الاعتماد نيابة عنه، فإن القانون المصري يكون هو الواجب التطبيق، بوصفه قانون بنك المستفيد.

(١) Stoufflet, Banque et opérations de Banque en droit international, op. cit., N° 104, L'ouverture de credit, clunet, 1966, op. cit., N° 35 – 36, P. 598 – 599; Michel vasseur, note sous cass , 18 Mars 1986 et cour d'appel de paris 26 Mars 1986, Rec. Dalloz, 1986, P. 37 etss.

ومن هذا الرأي في الفقه المصري، الدكتور على جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، ١٩٨٩، المرجع السابق، فقرة ٣٣ ص ٥٤؛ الدكتور عصام الدين القصبي، النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية – دراسة تطبيقية خاصة بالاعتمادات المستندية، ١٩٩٢، فقرة ٧٢ ص ٢٣١ وما بعدها.

(٢) الدكتور على جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، المرجع السابق، الفقرة ٢١ ص ٣٤ – ٣٥؛ ريف لانج وكنتمامين رينو، المرجع السابق فقرة ٦٥٥٤، الدكتور زينب سلامة، رسالة، ص ٢٢٢.

(٣) أرمنجون، المرجع السابق، فقرة ٦٤١، ص ٧١٢؛ وأنظر في القضاء الفرنسي، استئناف ليون، ٢١ مارس ١٩٧٣، clunet، ١٩٧٤، ص ٣٤٥؛ ليموج، ١٠ نوفمبر ١٩٧٠، Révue، ١٩٧١، ص ٧٠٣ – تعليق مدام سيمون ديبيتر.

٢- وقد يقول قائل: أننا هنا أمام بنكين: أحدهما يتصرف بوصفه عميلاً
ألم الآخر الذى يضطلع بتنفيذ العملية، إما بوصفه وكيلًا وإما بوصفه متعهداً
بصفة قطعية ومباشرة. معنى ذلك، أن البنك مُصدر الاعتماد يقرر أن الاعتماد
سوف ينفذ ليس عنده أو فى خزينته non à ses caisses، وإنما لدى بنك آخر
لجئى (بنكاً كان أم فرعاً له أم مراسلاً) يقبل هذه الوكالة وينفذها بالخضوع
لأحكام قانون الدولة التى يتم فيها تنفيذ الاعتماد المستندى^(١).

٣- ومن جانبنا لا نشكك لحظة فى أن العلاقة بين البنك المنفذ
للإعتماد والمستفيد يحكمها قانون هذا البنك. لكن لماذا يطبق هذا القانون؟

إن علينا أن نتأمل طبيعة هذه العلاقة. فالتزام البنك فى مواجهة المستفيد
مستقل عن عقد فتح الاعتماد ومستقل عن العلاقة التى تربط الأمر فاتح
الإعتماد والمستفيد. إنه التزام لا يستند إلى أى عقد أو اتفاق سابق بين البنك
والمستفيد. ولعله لذلك قيل فى تفسير هذا الالتزام أنه يجد أساسه فى أنه كفالة،
كما قيل بأنه حوالة حق، وقيل بأنه اشتراط لمصلحة الغير، وقيل بأن أساس هذا
التزام هو الإنابة، وقيل بأن خطاب الاعتماد سند مصرفى له طبيعته الخاصة
به ولأن البنك يكون فى مركز الوكيل بالعمولة الضامن وبأن البنك يُجمد مبلغاً
معيّناً لصالح البائع فيصبح حائزاً لحسابه وتحت تصرفه أياً كان مصير العملية،
وهي بفكرة القبول المصرفى وقيل أخيراً بأنه عقد غير مُسمى من صناعة
العرف^(٢).

ونحن نعتقد أن التزام البنك فى مواجهة المستفيد ليس ناشئاً عن
خطاب الاعتماد وليس وكيلاً عن البنك فاتح الاعتماد ولا يجد أساسه فى أى
من النظريات السابقة. إن أساس التزام البنك هنا هو الإرادة المنفردة، وهو

(١) Stoufflet، البنك وعمليات البنوك فى القانون الدولى الخاص، فقرة ٣٦.
(٢) أنظر فى الفقه التجارى للدكتور على البارودى والدكتور محمد فريد العرينى، المرجع
السابق، ص ٣٤٣ - ٣٤٤. وفى تفصيل هذه النظريات التى قيل بها لتحديد الطبيعة
القانونية للاعتماد المستندى، الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، طبعة ١٩٩٩،
فقرة ٦٠١ وما بعدها، ص ٤٨٠ وما بعدها.

التزام أنشأه العرف التجارى ولا ينال من وجوده كون القانون المدنى قد قصر الالتزام بالإرادة المنفردة على الوعد بالجائزة كما قلنا.

ويدعنا فيما نذهب إليه أمران يسطرهما فقه القانون التجارى فى إجماع وتواترهما:

أولهما، أن حق المستفيد "مستقل تماماً عن علاقة البيع السابقة، (فالبنك) يجهل شروط هذا البيع وظروفه ولا يعتد إلا بالمستندات التى يطلبها العميل والتى يذكرها فى خطابه إلى البائع المستفيد"^(١). وثانيهما، أن التزام البنك فى مواجهة البائع المستفيد مستقل كذلك تماماً عن علاقة فاتح الاعتماد التى تتم بين البنك والعميل المشتري. فالبنك ملزم بمقتضى الخطاب الذى أصدره للبائع، وليس له بعد ذلك أن يتعلل ببطلان عقد فتح الاعتماد أو فسخه أو انتهائه بإعسار العميل أو إفلاسه .. فالالتزام البنك على هذا الوجه بات لا رجوع فيه^(٢).

ولما كانت الإرادة المنفردة هى أساس نشأة التزام البنك فإن معنى هذا - كما ذكرنا غير مرة - أن هذا الإلتزام لا يسرى بشأنه حكم المادة ١٩ / ١ بوصفها قاعدة إسناد خاصة بالعقود الدولية. فقد رأينا أن هذا النص قد قنن قانون الإرادة ليحكم العقود الدولية سواء كانت هذه الإرادة صريحة أم ضمنية. فإذا لم يكن هناك اختيار فإن المشرع المصرى تولى بنفسه عملية تركيز العقد وافترض أن إرادة المتعاقدين اتجهت إلى تطبيق قانون موطن المتعاقدين إن اتحدا موطناً، فإن اختلفا فيه طبق قانون محل الإبرام.

هذا النص لا يسرى حكمه بالنسبة للالتزامات التى تنشأ بالإرادة المنفردة ويكون على القاضى المصرى أمام غياب قاعدة الإسناد التى تحكم هذا النوع من الالتزامات أن يبتدع قاعدة إسناد جديدة بالرجوع إلى المبادئ العامة للقانون الدولى الخاص. وقد أكدت مراراً أن هذه القاعدة هى: تطبيق

(١) الدكتور على البارودى والدكتور محمد فريد العرينى، المرجع السابق، ص ٣٤٢.

(٢) المرجع والموضع السابقين.

قانون الملتمزم بالإرادة المنفردة، أى أعمال قانون موطنه أو محل إقامته. فإن كان منشأة فإن قانون مقر هذه المنشأة يكون هو الواجب التطبيق.

والحال كذلك فإننا نرى أن أساس تطبيق قانون المصرف المنفذ للاعتماد المستندى فى مواجهة المستفيد هو هذه القاعدة الإسنادية القضائية. وهى قاعدة إسناد مزدوجة الجانب. وهذا الحل يسرى سواء تعلق الأمر باعتماد مستندى مؤيد أو غير مؤيد فلا وجه للمفارقة بين النوعين من الاعتمادات بشأن القانون الواجب التطبيق. فإذا كان صحيحاً أن البنك المنفذ للاعتماد لا يلتزم، بمقتضى هذا النوع من الاعتمادات، بتأييده للاعتماد، إلا أنه يكون ملزماً فى مواجهة المستفيد بتحقيقه أو تنفيذه. فالوظيفة الاقتصادية للاعتماد واحدة لا تتباين، سواء أكان الاعتماد مؤيداً أم غير مؤيداً^(١).

وهكذا، فإن قانون البنك المنفذ للاعتماد هو الذى ينطبق فى شأن المسائل الآتية: الوقت الذى يصبح منه حقه المستفيد باتاً غير قابل للرجوع فيه، ونطاق عدم قابلية الاعتماد للنقض، ومدى قابلية الاعتماد للنقل أو التحول، والمسألة الخاصة بتقدير صحة المستندات، والشروط التى وفقاً لها يتم تنفيذ الاعتماد، والقواعد الحاكمة لتفسير عبارات خطاب الاعتماد^(٢). فى الجملة هو الذى يحدد التزامات البنك المنفذ فى مواجهة المستفيد والشروط التى يلزم بمقتضاها تنفيذ الاعتماد.

كما يحكم قانون البنك المنفذ للاعتماد المسائل المتعلقة بالوفاء للمستفيد^(٣)، سواء تعلق الأمر بالعملة الواجب الوفاء بها *monnaie de paiement*، أو العملة التى يتعين الوفاء على أساسها *La monnaie de compte*، وفى شرح ذلك نقول:

-
- (١) Stoufflet، البنك وعمليات البنوك، المرجع السابق، فقرة ١٠٦، فتح الاعتماد المصرفى فى القانون الدولى الخاص، *clunet*، ١٩٦٦، فقرة ٣٧ ص ٥٩٩.
- (٢) ستوفليه، فتح الاعتماد المصرفى، فقرة ٣٨ ص ٥٩٩، البنك وعمليات البنوك فى القانون الدولى، المرجع السابق، ص ١٠٥.
- (٣) ستوفليه، فتح الاعتماد المصرفى فى القانون الدولى الخاص، *clunet* ١٩٦٦ فقرة ٣٨ ص ٥٩٩، الاعتماد المستندى، ١٩٥٧، فقرة ١١٩.

١- إن من المسلم به فى الفقه^(١) والقضاء^(٢) أن العملة الواجب الوفاء بها مسألة تتعلق بكيفية الوفاء بالالتزام، أى بكيفية تنفيذه، وبهذه الصفة تخضع لقانون محل الوفاء. وينطبق قانون محل الوفاء - ههنا - على أساس أن المسألة تتعلق بقواعد ذات تطبيق ضرورى فى دولة الوفاء، فلا يجوز أن تكون محلاً لتطبيق قانون أجنبى. وعلى ذلك إذا عُين مبلغ الاعتماد بعملة أجنبية - كعملة مكان البنك فاتح الاعتماد - فلا يجوز إجبار البنك المنفذ للاعتماد على الدفع بهذه العملة إذا كانت غير مقبولة فى التعامل فى بلد الوفاء وكان قانون هذا البلد لا يجيز شرط الوفاء بعملة أجنبية.

٢- وبالنسبة للقانون الواجب التطبيق بخصوص العملة التى يتعين الوفاء على أساسها، فإن الرائج فقها^(٣) هو تطبيق قانون العقد. ونحن نقيس على ذلك بالنسبة للالتزام بالإرادة المنفردة ونرى تطبيق قانون الملتمزم أى قانون البنك المنفذ للاعتماد.

خلاصة ما تقدم أن قانون البنك المنفذ للاعتماد هو الذى يحكم المسألة الخاصة بالعملة التى يجب الوفاء بها، وتلك التى يتعين الوفاء على أساسها.

العلاقة بين البنك فاتح الاعتماد والعميل:

قانون البنك المصدر للاعتماد هو الذى يحكم المسائل التى تخص علاقة هذا البنك المصدر بعميله الأمر بفتحه. وبهذه الصفة يخضع لحكمه شروط قيام الاعتماد بين الأمر وبنكه ومدته، وكيفية نقل خطاب الاعتماد وإرساله للبايع،

(١) أنظر فى الفقه الفرنسى، باتيفول ولاجار، المرجع السابق، فقرة ٦١٣ ص ٣٤٣ وما بعدها؛ تنازع القوانين فى العقود فقرة ٥٥٧؛ جان بيير ايريك، موسوعة القانون الدولى - تحت عنوان *payment* فقرة ٥٠، وفى مصر الدكتور عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص، الجزء الثانى فى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدوليين، الطبعة التاسعة، ١٩٨٦، ص ٤٥٧ هامش (١).

(٢) راجع أحكام القضاء المشار إليها عند باتيفول ولاجار، ص ٣٤٤ هامش (١).

(٣) الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع والموضع السابقين؛ باتيفول ولاجار، المرجع السابق، ص ٣٤٤.

والجزاء المترتب على تخلفه عن تنفيذ هذا الالتزام^(١). كما يحكم هذا القانون العملة الواجب الوفاء بها وتلك التي يتعين الوفاء على أساسها في شأن المسألة الخاصة بالالتزام البنك ففتح الاعتماد بدفع قيمة ما وناه للبنك أو الفرع (الموجود في الخارج) والذي قام بتنفيذ الاعتماد المستندي^(٢).

هذا، ويذهب بعض الفقهاء إلى أن هناك بعض أنواع من الاعتمادات المستندية يستعصى، لاعتبارات فنية إخضاعها لقانون المصرف المنفذ للاعتماد. من ذلك حالة الاعتماد الدائر^(٣) Le credit circuladire.

في هذه الصورة من صور الاعتماد تتعدد البنوك المنفذة، بمعنى أن تكون محال الوفاء متعددة، ويتعذر وقوف المستفيد سلفاً على البنك الذي يقوم بتنفيذ الاعتماد. فمكان الوفاء لا يكون معروفاً للأطراف إلا بتمام القيام به. في هذه الصورة – على سبيل الاستثناء كما يقول البعض^(٤) – تتحقق اعتبارات فنية وعملية توجب العهدة بحكم هذا النوع من الاعتمادات لقانون البنك المصدر للاعتماد.

(١) ستوفليه، فتح الاعتماد المصرفي في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، فقرة ٣٨ ص ٦٠٠، البنك وعمليات البنوك في القانون الدولي، المرجع السابق، فقرة ١٠٥؛ Gavalda، موسوعة القانون الدولي تحت عنوان: Banque et etablissement Financier، المرجع السابق، فقرة ٨٥، ومع ذلك قارن ما يقول به، لوسوارن ويريديان، قانون التجارة الدولية، المرجع السابق، فقرة ٦٧٤، ص ٧٤٣، ٧٤٤.

(٢) ومن هذا المنظور نلتقى في هذه النقطة مع رأي الأستاذ Mattout السابق عرضه في المتن ودون أن يخل ذلك بأن يكون قانون البنك المنفذ للاعتماد هو الواجب التطبيق لأهمية الأداء المميز الذي يقوم به.

(٣) الدكتور على جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، المرجع السابق، فقرة ١٦ ص ٣١.

وفي الاعتماد الدائر "يدعو البنك الفاتح بنوكاً متعددة إلى تنفيذه" مع تعهده بأن يرد إليهم ما دفعوه. ويكون الرد "عادةً بالحصم، لأن الخصم يُمكن البنك الذي يخصم من ضمان في يده – هو الكميالية والمستندات – يمكنه به الرجوع على المستفيد إذا تخلف البنك الفاتح عن تعويضه عما تحمله. وهو يتميز بأن يوسع دائرة البنوك التي يستطيع المستفيد تنفيذ الاعتماد لديها".

(٤) Stoufflet، الاعتماد المستندي، فقرة ١١٨ ص ١١٦ هامش (٢).

ونحن لا نقر هذا الرأي، ونرى دائماً تطبيق قانون البنك الملتمزم فى مواجهة المستفيد للاعتبارات التى قدمناها.

ثانياً: موقف القضاء:

الواقع أن تطبيق قانون الدولة التى يتم فيها تنفيذ الاعتماد المستندى فى إطار العلاقة بين البنك المنفذ والمستفيد هو السائد فى القضاء المقارن. فهو الذى يقول به القضاء المقارن فى أمريكا وانجلترا وألمانيا من ناحية وكرسته صراحة محكمة النقض المصرية فى حكم حديث لها من ناحية أخرى. هذا الإجمال يعوزه تفصيل:

أ- فى القضاء المقارن:

لقد أعمل القضاء الأمريكى قانون المصرف المنفذ للاعتماد (مصرف المستفيد) فى خصوص منازعة مُصدر الاعتماد المستندى فيها بنك أسباني والقائم بتنفيذه بنك فى نيويورك ومحرر بالدولار الأمريكى. وقد كشفت المحكمة فى خصوص هذه المنازعة عن أهمية المدينة كمركز تجارى ومالى دولى له ثقله العالمى، فوق ما تتمتع به مصارفها من خبرات كبيرة فى عمليات الاعتماد المستندى. فكان المحكمة قد شاءت من خلال التركيز على هذه العناصر أن تبرز اعتبارات جوهرية حددت بها إلى أعمال قانون دولة تنفيذ الاعتماد أبرزها: الأداء المميز الذى يقوم به البنك المنفذ هنا، والارتباط الوثيق الذى يصل العملية بقانون هذه الولاية، وكون هذا القانون يتفق وتوقعات الأفراد، علاوة على أن المستفيد يعرف هذا القانون جيداً ويقبل به فى جميع الأحوال^(١). فوق ما يتمتع به التزام البنك من استقلالية بالمعنى الذى حددناه.

والحل ذاته يقول به القضاء الإنجليزى، وهو ما أكدته حديثاً محكمة Queen's Bench Division^(٢). فبخصوص عقد مبرم بين شركة أسبانية وأخرى

(١) راجع فى التفاصيل:

Gutteridge Megarah, the law of Banker, commercial credits, op. cit., 241 etss;
Stoufflet, Banque et operations de Banque en droit international, op. cit., N° 104.

13 - 14 Mai 1976, 3 ALL. ER, 1976, P. 749.

(٢)

بنمية مقرها الولايات المتحدة الأمريكية طلبت الشركة الأسبانية (الأمرة بفتح الاعتماد) من بنكها في أسبانيا أن يصدر فتح اعتماد مستندي لصالح المستفيد، وهو الشركة البنمية في أمريكا. كلف البنك الأسباني مراسله في أمريكا بتبليغ الاعتماد للشركة البنمية مع قيامه بتنفيذه.

وفي خصوص الدعوى التي رفعتها الشركة البنمية (الشركة المستفيدة) على كل من البنك مصدر الاعتماد ومراسله والتي تعلق موضوعها بمدة صلاحية الاعتماد، قدرت المحكمة ضرورة البحث عن القانون الواجب التطبيق على هذه المنازعة ذات الطبيعة الدولية، ذلك أن أطراف المنازعة لم يُفصحا عن القانون الذي يحكم هذا الاعتماد، ورأت المحكمة أن القانون الأمريكي بوصفه قانون المصرف (المراسل) المنفذ للعملية هو الأولى بالاعتبار بوصفه قانون الأداء المميز والذي يتفق وتوقعات الأفراد.

والحل المتقدم أكدته محكمة الاستئناف – الدائرة المدنية – في قضية Power curber international Itid. V. National Bank of Kuwait^(١). وفيها خلصت المحكمة إلى تطبيق القانون الأمريكي بوصفه قانون البنك المنفذ للاعتماد رائية أن القانون الكويتي – قانون البنك مصدر الاعتماد في المنازعة – ليس هو المختص. ذلك أن المفاضلة بين القانونين تميل حتماً إلى أعمال الأول لأنه قانون الدولة التي يرتبط بها العقد برابطة وثيقة closely connected. وقد أكدت ذات المحكمة هذا النهج في حكم حديث لها سنة ١٩٨٨ مقررته أن قانون محل تنفيذ الاعتماد، والذي فيه يكون الوفاء بقيمة الخطاب واجباً، هو الواجب التطبيق^(٢).

والقضاء الألماني يعمل بدوره قانون محل تنفيذ الاعتماد المستندي، وعليه فقد طبق قانون المصرف الألماني المكلف بتنفيذ الاعتماد المستندي،

15 – 16 – 17, june 1981, 3 All. ER. 1981, P. 607. (١)

30 Nov. 1, 2, 21 Dec. 1988, I ALL, ER, 1989, P. 1189. (٢)

وهو اعتماد مؤيد أيضاً من جانب هذا الأخير^(١)، وقد عملت المحكمة هذا القانون بوصفه قانون المكان الذي يتحقق فيه الأداء المميز من قبل البنك في إطار العلاقات المتولدة عن الاعتماد^(٢). والأخذ بهذا الحل، على ما يبدو، هو المتواتر في القانون الألماني. في خصوص العلاقة بين البنك والمنفذ والمستفيد. أما عن موقف القانون الفرنسي، فقد أتيح لمحكمة استئناف باريس في حكم لها في ٢٦ مارس ١٩٨٦ أن تتكلم عن القانون الواجب التطبيق على ما يسمى بحصيلة الاعتماد المستندي، وهو ما يعد حوالة حق^(٣). وفي شرح ذلك نقول:

إن المسألة التي طرحت أمام محكمة استئناف باريس كانت تتعلق بمنازعة، مصدر الاعتماد غير القابل للإلغاء فيها بنك باريس الوطني بناء على أمر من شركة "بيجو" الفرنسية لصالح المستفيد، وهو الشركة الألمانية البائعة. وقد عهد بنك باريس إلى بنك ألماني La Deutche Bank بتنفيذ هذا الاعتماد بصفته مراسلاً له ووكيلاً عنه في موطن المستفيد في ألمانيا.

ثار نزاع في هذه الخصوصية حول حق الأمر (المشترى) في الحجز على حق المستفيد الناشئ من فتح الاعتماد. ولعل البت - في هذه المسألة - طرح على بساط المناقشة - أمام المحكمة - مسألة أخرى، هي تلك المتعلقة بمدى قابلية حق المستفيد من الاعتماد المستندي للتصرف فيه. وللفضل في هذه المسألة أبرزت المحكمة عدة نقاط لازمة في هذا الشأن:

- (١) قضاء مشار إليه عند Kegel، المرجع السابق، ص ٢٠٤ - ٢٠٥.
- (٢) ويذكر الأستاذ Kegel في تعليقه على هذا الحكم أن المحكمة قد طبقت القانون الألماني - قانون الدولة التي يوجد فيها البنك القائم بتنفيذ الاعتماد المستندي - بوصفه المدين الملزم بالقيام بالأداء المميز في عقد الاعتماد، راجع مقالة السابقة ص ٢٠٥.
- (٣) حكم منشور في، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، ١٩٨٧، ص ٣٥١ وما بعدها، تعليق مدام Marie - Noëlle - Jobard - Bachollier، أيضاً، دالوز ١٩٨٦، ٣٧٤ تعليق فاسير.

أن الأطراف قد اتفقوا على إخضاع الاعتماد المستندي للقواعد والعادات الموحدة المقررة في هذا الشأن (قواعد سنة ١٩٨٣).

- أن المادة ٥٤ ب من القواعد الموحدة قد نصت على أنه "لا يجوز تحويل الاعتماد إلا إذا نص البنك فاتح الاعتماد فيه، على أنه "قابل للتحويل". ولا تفيد الاصطلاحات الآتية قابلية الاعتماد للتحويل، ولا يجوز، من ثم، استخدامها: "قابل للتجزئة"، "قابل للنقل"^(١).

وإعمالاً لحكم هذه المادة على الاعتماد المذكور، خلصت المحكمة إلى أن هذا الاعتماد غير قابل للتحويل حيث كان مسموحاً فقط لبنك المستفيد (البنك الألماني) بأن يقوم "بتجزئة قيمة مبلغ الاعتماد على عدة بنوك بناء على طلب المستفيد".

- إذا كان الاعتماد المذكور غير قابل للتحويل N'est pas transferable إلا أن ذلك ليس من شأنه أن يؤثر على حق المستفيد في أن يتنازل عن أية حصيلة قد تستحق له أو يصبح مستحقاً لها بمقتضى الاعتماد، إعمالاً لقواعد القانون الواجب تطبيقه (م ٥٥ من القواعد الموحدة). فالتصرف في حصيلة الاعتماد (حوالة الحق) يفترض أن المستفيد قد قدم المستندات ونفذ ما عليه، وأصبح له حق مستقر ومؤكّد في ذمة البنك الذي قام بالتنفيذ. ويكون له أن يتصرف في هذا الحق لشخص آخر، تماماً كما يتصرف أي دائن في حقه الذي في ذمة مدينه^(٢).

من تسلسل النقاط السابقة نلاحظ أن الأمر المطروح أمام المحكمة كان يتعلق بتحديد القانون الذي يحكم حوالة الحق.

(١) في حصول الاعتماد ومعناه وكيفية إجرائه، الدكتور على جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، المرجع السابق، فقرة ٣٥٥ وما بعدها ص ٤١١ وما بعدها.

(٢) في معنى تحويل حصيلة الاعتماد، الدكتور على جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، المرجع السابق، بند ٣٧٧ ص ٤٣١.

وقد دفع البنكان الألمانيان – المستفيد المحيل cedant والبنك المحال إليه cessionnaire – بأن القانون الواجب التطبيق هنا هو القانون الألماني باعتباره قانون الدولة التي يوجد بها البنك الألماني المنفذ للاعتماد. لم تأخذ المحكمة بهذا النظر مقدرة أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي، على أساس أن قانون موطن المدين (بنك باريس الوطني) يحكم وحسب الإجراءات اللازمة لنفاذ حوالة الحق سواء في حق المدين أو الغير^(١). ومن ثم كان يلزم وفقاً للقانون الفرنسي أن يتم إعلان المدين رسمياً بالحوالة على يد محضر حتى تكون الحوالة نافذة في حق الغير. ولما لم يكن ذلك قد تم فإن الحوالة لا تكون نافذة في مواجهة شركة "بيجو" الفرنسية.

خلاصة ما تقدم أن المنازعة التي طرحت أمام محكمة استئناف باريس لم تكن متصلة – على ما رأته المحكمة – بتحديد القانون الذي يحكم الاعتماد المستندي، وإنما وحسب القانون الذي يحكم حوالة الحق المتعلقة بحصيلة الاعتماد^(٢). لكن هل يعنى ذلك أن المحكمة قد وفقت فيما قررته من حل مضمونه أن الأمر يتعلق بحوالة حق ولا علاقة له من بعيد أو من قريب بمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على الاعتمادات المستندية؟ هذا ما لا نعتقد. فالمحكمة قد وفقت بحكمها عند المسألة الخاصة بالقانون الذي يحكم الإجراءات اللازمة لنفاذ الحوالة سواء في حق المدين أو الغير، ومن غير أن تتصدى لمسألة أولية كان ينبغى حسمها هي تلك الخاصة بتحديد القانون الذي يحكم

(١) فتحديد القانون الذي يحكم حوالة الحق من المسائل التي أثارته خلافاً في الفقه والقضاء. فمن رأى الفقه التقليدى إخضاع هذه الحوالة لقانون موطن المدين (Bartin – الجزء الثالث ص ٣١ – الدكتور عز الدين عبد الله، بند ١٢٩ ص ٤١١ – ٤١٢). على أن الراجح هو أن قانون موطن المدين يحكم وحسب الإجراءات اللازمة لنفاذ الحوالة سواء في حق المدين أو الغير، بينما تخضع حوالة الحق ذاتها للقانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية بين الدائن والمدين (باتيفول، تنازع القوانين في مسائل العقود، فقرة ٥٢٩، ٥٣٢، باتيفول ولاجارد، فقرة ٦١١ ص ٣٣٨؛ الدكتور فواد رياض، فقرة ٣٤٧ ص ٣٧٩، الدكتور هشام صادق، ص ٨٢٠ – ٨٢١).

(٢) اقرأ مع ذلك الدكتور عصام القصبى، المرجع السابق، ص ٢٣٧ هامش (٣٣١).

لحق محل الحوالة. فقد كان يتعين على المحكمة أن تخضع هذا الحق للقانون الذى يحكم مصدره. ولما كان الاعتماد المستندى يحكمه ههنا القانون الألمانى بوصفه قانون الدولة التى يوجد بها البنك المنفذ للاعتماد، فإن الحق محل الحوالة يخضع دون شبهة للقانون الألمانى^(١). وهكذا فإن هذا القانون يحكم مدى إمكانية نقل الحقوق المتولدة عن الاعتماد والشروط اللازمة لذلك.

ب- فى القضاء المصرى:

إن تطبيق قانون دولة البنك المنفذ للاعتماد، هو الحل الذى يأخذ به قضاؤنا المصرى ممثلاً فى محكمتنا العليا فى حكم لها من ٢٧ فبراير ١٩٨٤. نعرض لوقائعه فى شئ من التفصيل ونحدد الجديد فيه ووجه القصور الذى ننسبه إليه.

وتتحصل وقائع هذا الحكم على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن فى أن شركة النيل لتصدير الحاصلات الزراعية - المطعون ضدها الأولى - تقدمت بطلب إلى محكمة القاهرة الابتدائية لتوقيع الحجز التحفظى على أموال بنك ميدلاند - الطاعن - تحت يد بنك مصر وفروعه - لمطعون ضده الثانى - وفاء لمبلغ ٤٨ ألف جنيه استرلينى وصدر أمر الحجز تحفظى رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٥ تجارى كلى القاهرة فى ١٩٦٥/٩/٢٢. ثم تختمت الشركة ذاتها بطلب لاستصدار أمر أداء بالمبلغ المذكور وأعلنت البنك الطاعن فى مواجهة بنك مصر المطعون ضده الثانى كما أعلنت هذا الأخير بعبارة محجوزاً لديه طالبة إلزامهما متضامين بأن يدفع لها مبلغ ٤٨ ألف جنيه استرلينى وفوائده القانونية بواقع ٥% سنوياً من تاريخ المطالبة الرسمية بحسب إجراءات الحجز التحفظى الموقع فى ١٩٦٥/٩/٢٦ واعتباره حجراً تخويفياً. وقالت المطعون ضدها الأولى بياناً لذلك إنه بمقتضى عقد مؤرخ ١٩٦٥/٥/١٠ باعت إلى السادة فريس جورنكس اكسبورت هاندل بليوواردن

(١) Marie - Noëlle Jogard - Bachellier, note précitée, revue critique, 1987, P. 368.

ب هولندا ٨ آلاف طن من البطاطس "قوب" تسليم ظهر السفينة تشحن من بور سعيد أو الإسكندرية على أربعة دفعات بسعر ٢٤ جنيهاً استرلينياً للطن الواحد ونص في عقد البيع على التزام المشتريين بفتح اعتماد مستندي غير قابل للإلغاء ومعزز بثمن ألفى طن على أن يدور هذا الاعتماد أربع مرات ليغطي القيمة الكاملة للكمية المتعاقد عليها ومقدارها ٨ آلاف طن. وتنفيذاً لعقد البيع قام المشترون بتكليف بنك هولندي بفتح اعتماد غير قابل للإلغاء لدى بنك ميدلاند بلندن (الطاعن) بمبلغ ٤٨ ألف جنيه استرليني وقام البنك الأخير بإخطار الشركة المطعون ضدها الأولى بتعزيز الاعتماد المقترح لصالحها عن طريق بنك مصر فرع بورسعيد (المطعون ضده الثالث) كما أرسل لها البنك الطاعن خطاب الاعتماد وتولى بنك مصر فرع بور سعيد بدوره إخطارها بهذا الخطاب الذي نص فيه على دفع قيمة الاعتماد بمجرد تقديم المستندات المنصوص عليها به. وقد قامت الشركة المطعون ضدها الأولى بشحن البضاعة وقدمت المستندات إلى بنك مصر فرع بورسعيد في ١٩٦٥/٥/٣١ تطبيقاً لشروط الاعتماد إلا أن البنك الطاعن رفض دفع قيمة الاعتماد بحجة عدم مطابقة المستندات المقدمة لشروط الاعتماد بمقولة أن سند الشحن قد حمل المشتريين غرامة تأخير مقدارها ١٠ شلن ٤٤٢ حك على خلاف شروط الاعتماد المستندي الأمر الذي دعا الشركة المطعون ضدها الأولى إلى اتخاذ إجراءات الحجز ثم تقدمت بطلب لاستصدار أمر أداء بقيمة الدين. وإذ رفض هذا الطلب قيدت الدعوى برقم ٨٤٨ لسنة ١٩٦٥ تجارى كلى القاهرة بذات الطلبات. وتظلم البنك الطاعن من أمر الحجز وقيدت دعواه برقم ٩٧٠ لسنة ١٩٦٥ تجارى كلى القاهرة طلب فيها قبول التظلم شكلاً والحكم بعدم اختصاص المحاكم المصرية دولياً بإصدار الأمر واحتياطياً بعدم اختصاص محكمة القاهرة، بذلك ومن باب الاحتياط الكلى بإلغاء الأمر واعتباره كأن لم يكن. وبعد ضم الدعويين قضت محكمة أول درجة بتاريخ ١٩٧٠/٦/٢٧ بسقوط حق البنك الطاعن في الدفع بعدم قبول الدعوى للاتفاق على التحكيم وبقبولها. وبعد تداول

القضية بالجلسات عادت وقضت بتاريخ ١٩٧١/١/٣٠ أولاً: فى التظلم رقم ٩٧٠ لسنة ١٩٦٥ تجارى كلى القاهرة بقبول التظلم شكلاً ورفضه موضوعاً وألزم البنك الطاعن (ميلاند) المصروقات ومقابل أتعاب المحاماة. ثانياً: فى الدعوى رقم ٨٤٨ لسنة ١٩٦٥ تجارى كلى القاهرة بإلزام البنك الطاعن بأن يودى إلى الشركة المطعون ضدها الأولى مبلغ ٤٨ ألف جنيه استرليني والفوائد القانونية بواقع ٥% من تاريخ المطالبة القضائية الحاصلة فى ١٩٦٥/١٠/٤ حتى تمام السداد. وأمرت بصحة إجراءات الحجز الموقع فى ١٩٦٥/٩/٢٦ تحت يد بنك مصر وجعله جزءاً تنفيذياً ورفضت الدعوى بالنسبة لبنك مصر فرع بورسعيد (المطعون ضده الثالث). استأنف البنك الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ١٣٥ لسنة ٨٨ ق القاهرة. وبتاريخ ١٩٧٥/٢/٢٧ قضت محكمة استئناف القاهرة بتأييد الحكم المستأنف. طعن الطاعن فى هذا الحكم بطريق النقض وقدمت النيابة العامة مذكرة رأت فيها عدم قبول الطعن بالنسبة للمطعون ضدهما الثانى والثالث ونقض الحكم والنسبة للمطعون ضدها الأولى. عرض الطعن على هذه المحكمة فى غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره وفيها التزمت النيابة رأيها.

وحيث إن مبنى الدفع المبدى من النيابة أن بنك مصر لم يكن خصماً حقيقياً فى المرحلة الاستئنافية للدعوى كما أن الطعن أقيم على أسباب لا تتعلق به.

وحيث إن هذا الدفع فى غير محله ذلك أن النص فى المادتين ٣٣٤، ٣٣٥ من قانون المرافعات يدل على أن للدائن الحاجز مصلحة فى اختصام المحجوز لديه كما أن للمحجوز عليه مصلحة فى اختصام المحجوز لديه فى دعوى طلب رفع الحجز ليمنعه من الوفاء بما تحت يده للحاجز، ومن ثم فإنه إذا ما اختصم المحجوز لديه فى أى من هاتين الدعويتين يصبح خصماً ذا صفة يحاج بالحكم الذى يصدر فيها فيما يتعلق بصحة إجراءات الحجز أو رفعه ويلتزم بتنفيذه فى هذا الصدد، لما كان ذلك وكان البنك الطاعن قد اختصم

المطعون ضدهما الثانى والثالث فى دعوى رفع الحجز والطعن بالنقض فى الحكم الصادر فيها بصفتها محجوزاً لذيها وباعتبارهما الخصمين المناط بهما تنفيذ الحكم الذى يصدر فى هذا الشأن فإن الدفع المبدى من النياية العامة بعدم قبول الطعن بالنسبة لهما يضحى على غير أساس.

وحيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث إن الطعن بنى على ثمانية أسباب يعنى الطاعن على الحكم المطعون فيه بالأسباب الأول والثالث والسابع منها مخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه والقصور فى التسبب والفساد فى الاستدلال. وفى بيان ذلك يقول إنه دفع بعدم اختصاص المحاكم المصرية دولياً بنظر النزاع تأسيساً على أنه ليس له موطن فى مصر إلا أن الحكم المطعون فيه رفض هذا الدفع استناداً إلى المادة الثالثة من قانون المرافعات السابق، وإلى ثبوت وجود أموال للطاعن لدى بنك مصر مع أن ذلك لا يكفى لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية إذ أن النزاع لا يتعلق بأموال الطاعن لدى بنك مصر وإنما يدور حول استحقاق المطعون ضدها الأولى لقيمة الاعتماد وبذلك يكون الحكم المطعون فيه قد خلط بين أصل الحق موضوع النزاع ومحل تنفيذه كما أخطأ فى تطبيق القانون بإخضاعه النزاع لاختصاص القضاء المصرى استناداً إلى أن أحد المختصمين فى الدعوى - وهو المطعون ضده الثانى - له موطن فى مصر فى حين أنه يشترط فى هذه الحالة أن يكون تعدد الخصوم تعدداً حقيقياً لا سورياً مما يقتضى وحدة الموضوع والسبب بالنسبة لهم وهو ما لم يتحقق لأن المطعون ضده الثانى - له موطن فى مصر فى حين أنه يشترط فى هذه الحالة أن يكون تعدد الخصوم تعدداً حقيقياً لا سورياً مما يقتضى وحدة الموضوع والسبب بالنسبة لهم وهو ما لم يتحقق لأن المطعون ضده الثانى اختصم بصفته محجوزاً لديه ليصدر الحكم فى مواجهته. ومن ناحية أخرى فإن عقد فتح الاعتماد أبرم فى لندن وكان من المفروض تنفيذه فيها بتقديم مستندات الشحن إلى الطاعن فى مقره بها وهو ما يستوجب تطبيق القانون الإنجليزى على النزاع إعمالاً للمادة ١٩ من القانون

المدنى لأنه يدور حول عقد فتح الاعتماد. فضلاً عما شاب الحكم من فساد فى الاستدلال إذ اعتبر إعلان الحجز إلى بنك مصر (المطعون ضده الثانى) صحيحاً باعتباره محلاً مختاراً للطاعن فى حين أن هذا البنك الأخير لا يدعو أن يكون مراسلاً للطاعن وليس وكيلًا ولا يكفى لاعتباره كذلك مجرد تكليف الشركة المطعون ضدها الأولى بتقديم المستندات إليه لتوصيلها إلى الطاعن.

وحيث إن هذا النعى برمته مردود ذلك أنه لما كانت المادة ٢/٣ من قانون المرافعات السابق الصادر بالقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ - الذى رفعت الدعوى فى ظله - تنص على اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى ليس له موطن أو مسكن فى مصر "إذا كانت الدعوى تتعلق بمنقول أو بعقار موجود فى مصر أو كانت ناشئة عن عقد أبرم أو نفذ أو كان مشروطاً تنفيذه فى مصر أو كانت الدعوى ناشئة عن واقعة حدثت فيها" وكان البنك الطاعن قد عزز الاعتماد المستندى الذى فتح لصالح الشركة المطعون ضدها الأولى وأخطرها بذلك عن طريق مراسله المحدود فى خطاب الاعتماد الذى فوضه دون غيره فى القيام بكل ما يتعلق بالاعتماد وهو بنك مصر فرع بورسعيد (المطعون ضده الثالث)، فإن هذا البنك الأخير يعتبر الموطن المختار المعين لتنفيذ الاعتماد وكل ما يتعلق به بما فى ذلك إجراءات التنفيذ الجبرى وهو ما تكون معه المحاكم المصرية هى المختصة بنظر أى نزاع ينشأ عن هذا التنفيذ كما يكون القانون المصرى هو الواجب التطبيق على النزاع المعروف باعتباره قانون محل التنفيذ الذى يحكم العقد كله ويكون صحيحاً إعلان الطاعن بالحجز فى موطن هذا المراسل باعتباره موطناً مختاراً. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فإن النعى عليه بهذه الأسباب الثلاثة يكون على غير أساس.

وحيث إن حاصل النعى بالسبب الثانى مخالفة الثابت بالأوراق والفساد فى الاستدلال والتناقض. وفى بيان ذلك يقول الطاعن إنه تمسك فى عريضة التظلم من أمر الحجز بعدم اختصاص محكمة القاهرة الابتدائية محلياً ذلك أنه

بفرض اعتبار بنك مصر فرع بورسعيد موطناً مختاراً له فإن الاختصاص بإصدار أمر الحجز يكون للمحكمة التابع لها هذا الفرع وليس لمحكمة القاهرة الابتدائية إلا أن الحكم المطعون فيه بعد أن أورد في مدوناته أن الطاعن دفع ببطلان الحجز لصدوره من محكمة ليس لها الولاية دولياً ومحلياً عاد وتناقض إذ قرر أن الطاعن تمسك بجلسة ١٩٦٦/٥/٢١ ببطلان إجراءات الحجز لعدم إعلانه إعلاناً قانونياً، وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر إيداء هذا الدفع دفاعاً موضوعياً ينطوى على نزول الطاعن عن التمسك بالدفع بعدم الاختصاص المحلى الذى أورده بصحيفة التظلم وكان هذا الاستخلاص سائغاً وله أصله الثابت فى الأوراق فإن ما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه بهذا السبب من تناقض ومخالفة الثابت بالأوراق وفساد فى الاستدلال يكون على غير أساس.

وحيث إن الطاعن ينعى على الحكم المطعون فيه بالسببين الرابع والخامس الخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب والإخلال بحق الدفاع وفى بيان ذلك يقول إن الحكم أخطأ فى تطبيق القانون إذ خلط بين قواعد الاعتمادات المستندية وبعض المبادئ التى استخلصها من فقه القانون البحرى إذ رغم تسليمه بأن البائع فى البيع "فوب" لا تنتهى التزاماته إلا بتسليم البضاعة على ظهر السفينة فقد ناقض نفسه وقرر أن غرامة التأخير يلتزم بها المشتري على اعتبار أنه الملتزم بدفع أجره النقل فى حين أن البائع "فوب" هو الذى يتحمل المصاريف والمخاطر حتى لحظة وضع البضاعة على ظهر السفينة بما فى ذلك ما يترتب على التأخير فى الشحن، كما خالف الحكم شروط الاعتماد عندما اعتبر غرامة التأخير جزءاً من الأجرة فى حين أنها من قبيل التعويض عن التأخير فى تنفيذ الالتزام. ولئن كان البنك الطاعن قد التزم بدفع قيمة الاعتماد بمجرد تقديم المستندات المطلوبة فإن ذلك مشروط بأن تكون هذه المستندات مطابقة لما جاء بخطاب الاعتماد، فإذا كان خطاب الاعتماد قد تضمن التزام المطعون ضدها الأولى بتسليم البضاعة "فوب" فإن ظهور

غرامة التأخير فى سند الشحن يدل على تراخيها فى تنفيذ التزامها بالشحن مما ترتب عليه تعطيل السفينة لمدة ٢٨ ساعة وكان يتعين عليها دفع هذه الغرامة بدلاً من إضافتها إلى أجرة النقل المثبتة بسند الشحن على خلاف ما جاء بخطاب الاعتماد. فضلاً عن أن تحميل سند الشحن بغرامة التأخير ينطوى على انتقاص ل ضمانات البنك الطاعن إذ من حقه أن يحبس المستندات حتى يستوفى قيمة الاعتماد ولا يكون لأعمال هذا الحق قيمة إلا باستلام البضاعة الذى لا يتحقق إلا بدفع غرامة التأخير ورغم تمسك الطاعن بهذا الدفاع فإن الحكم المطعون فيه لم يتأوله بالتمحيص والرد مما يعيبه بالقصور فى التسييب.

وحيث إن هذا النعى مردود ذلك أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن البنك الذى يفتح اعتماداً مستندياً للوفاء بثمن صفقة تمت بين تاجرين لا يعتبر وكيلاً عن المشتري فى الوفاء للبايع بقيمة الاعتماد كما لا يعتبر ضامناً أو كفيلاً يتبع التزامه التزام عميله المشتري بل يعتبر التزامه فى هذه الحالة التزاماً مستقلاً عن العقد القائم بين البايع والمشتري يلتزم بمقتضاه الوفاء بقيمة الاعتماد متى كانت المستندات المقدمة إليه مطابقة تماماً لما تضمنه خطاب الاعتماد دون أن يكون للبنك فى ذلك أدنى سلطة فى التقدير أو التفسير أو الاستنتاج، لما كان ذلك وكان الثابت من خطاب الاعتماد المقدم ضمن مستندات الطعن أنه تطلب فى سند الشحن الواجب تقديمه أن يتضمن النص على أن "أجرة النقل تدفع عند الوصول Freight payable at destination دون أى بيان آخر يتعلق بالأجرة، وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن سند الشحن المقدم من المطعون صيغها يتضمن هذا البيان وكان البنك الطاعن لا يجادل فى ذلك فلا يكون له أن يبحث وراء هذه العبارة ويفسرها على ضوء أحكام البيع "فوب" والتزامات كل من البايع والمشتري فى هذا البيع ليتوصل إلى رفض الوفاء بقيمة الاعتماد إذ الأصل أن المرجع فى تحديد الشكل الذى يفرغ فيه سند الشحن هو خطاب الاعتماد ذاته. وإذا انتهى الحكم المطعون فيه إلى أن سند الشحن المقدم من المطعون ضدها الأولى يطابق ما جاء بشأنه بخطاب الاعتماد ورتب على ذلك

عدم أحقية البنك الطاعن فى الامتناع عن الوفاء بقيمة الاعتماد المبنى على منازعته فى غرامة التأخير وإضافتها إلى أجرة النقل فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون. أما بالنسبة لما يثيره البنك الطاعن من أن تحميل سند الشحن بغرامة التأخير ينطوى على انتقاص ل ضماناته فمردود بأنه ليس للبنك فاتح الاعتماد أن يدخل فى اعتباره شروط عقد البيع ولا شروط عقد الاعتماد أو علاقته بعميله المشتري كما أن محافظة البنك على مصلحته لا يمكن أن تكون أساساً للخروج على عبارات خطاب الاعتماد التى تحدد وحدها علاقته بالمستفيد من الاعتماد.

وحيث إن الطاعن ينعى على الحكم المطعون فيه بالسبب السادس التناقض فى الأسباب وفى بيان ذلك يقول إن الحكم رغم تسليمه أن من حق البنك أن يمتنع عن الوفاء بقيمة الاعتماد إذا كان هناك ما يدل على عدم تنفيذ البائع لالتزاماته إلا أنه شابه التناقض إذ رفض إقرار الطاعن على سلوكه فى الامتناع عن الوفاء بقيمة الاعتماد رغم ما ثبت من تراخى الشركة المطعون ضدها الأولى فى شحن البضاعة مما استتبع إضافة غرامة التأخير إلى سند الشحن.

وحيث إن هذا النعى مردود بأن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن التناقض الذى يغيب الحكم هو ما تتعارض به الأسباب وتتهافتر فتمحى ويسقط بعضها بعضاً بحيث لا يبقى منها ما يقيم الحكم ويحملة، ولما كان البين من مدونات الحكم المطعون فيها – على النحو السالف بيانه فى صدد الرد على السببين الرابع والخامس – أنه أقام قضاءه بإلزام البنك الطاعن بقيمة الاعتماد على أن سند الشحن المقدم من المطعون ضدها الأولى يتطابق مع ما ورد بشأنه فى خطاب الاعتماد وأن المنازعة فى شأن المسئول عن غرامة التأخير تخرج عن نطاق الاعتماد المستندى، فإن النعى على الحكم بالتناقض يكون وارداً على غير محل.

وحيث إن الطاعن ينعى بالسبب الثامن على الحكم المطعون فيه القصور في التسيب وبياناً لذلك يقول إنه تمسك في دفاعه بأن رفض المستندات من شأنه أن يعيد البضاعة المباعة إلى الشركة المطعون ضدها الأولى ومن ثم فلا يجوز لها أن تطالب بثمن البضاعة كاملاً وهو قيمة الاعتماد وكل ما لها أن تطالب به هو الفرق بين ثمن البضاعة المتمثل في قيمة الاعتماد وثمن بيعها في ميناء الوصول إذا كان ثمة ضرر قد لحقها من جراء ذلك وإلا أثرت بغير سبب على حساب الطاعن إلا أن الحكم المطعون فيه اعتبر ذلك من الطاعن قولاً مرسلًا رغم أن المطعون ضدها الأولى لم تتكرر استلامها للبطاطس وبيعها وكان يتعين على المحكمة أن تطالبها بتقديم فواتير البيع لتحديد الضرر الذي أصابها وقصر التعويض على ما يعادل هذا الضرر إن وجد.

وحيث إن هذا النعى مردود، ذلك إنه لما كان أساس نظام الاعتماد المستندي الغير قابل للإلغاء هو استقلاله عن عقد البيع، فإن التزام البنك بدفع قيمة الاعتماد - ينشأ - متى كانت المستندات المقدمة له مطابقة تماماً لشروط خطاب الاعتماد، وهو في سبيل تنفيذ التزامه الدقيق هذا يجب أن يستوحي عبارات خطاب الاعتماد فقط دون عقد البيع لأنه غريب عن هذا العقد ولا شأن له بشروطه - لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه - كما سبق البيان عند الرد على السببين الرابع والخامس - قد انتهى صحيحاً إلى حق المطعون ضدها الأولى - البائعة - في صرف قيمة الاعتماد حيث قدمت المستندات المطابقة لشروط فتح الاعتماد فإن هذا الحق لا يتأثر بالعلاقة الناشئة عن عقد البيع إذ أن علاقة البنك الطاعن بالمطعون ضدها الأولى المفتوح لمصلحتها الاعتماد منفصلة عن علاقته بعملية - المشتري - كما أنها منفصلة عن علاقة هذا العميل بالمطعون ضدها الأولى - البائعة - وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وأورد في ذلك قوله "العبرة بالنظر إلى قيام البائع بتنفيذ الشروط الواردة بخطاب الاعتماد فمتى نفذها البائع وجب على البنك الوفاء له أياً كان موقفه من تنفيذ البيع ذاته وذلك لاستقلال الاعتماد عن البيع ولأن القول بعكس ذلك يؤدي

إلى زلزلة الثقة فى الاعتماد وفتح الباب على مصراعيه للتواطؤ أو على المماطلة فى الوفاء" فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون فيما أورده رداً على دفاع الطاعن مما يكون معه النعى عليه بالقصور فى التسبب على غير أساس.

والذى يجب أن يتلقفه الباحث بالعناية والتأصيل هو ما قالت به المحكمة من أنه "لما كانت المادة ٢/٣ من قانون المرافعات السابق الصادر بالقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ - الذى رفعت الدعوى فى ظله - تنص على اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى التى تُرفع على الأجنبى الذى ليس له موطن أو مسكن فى مصر إذا كانت الدعوى تتعلق بمنقول أو بعقار موجود فى مصر أو كانت ناشئة عن عقد أبرم أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه فى مصر أو كانت الدعوى ناشئة عن واقعة حدثت فيها" وكان البنك الطاعن قد عزز الاعتماد المستندى الذى فتح لصالحه الشركة المطعون ضدها الأولى وأخطرها بذلك عن طريق مراسله المحدد فى خطاب الاعتماد والذى فوضه دون غيره فى القيام بكل ما يتعلق بالاعتماد وهو بنك مصر فرع بورسعيد (المطعون ضده الثالث) فإن هذا البنك الأخير يعتبر الموطن المختار المعين لتنفيذ الاعتماد وكل ما يتعلق به بما فى ذلك إجراءات التنفيذ الجبرى وهو ما تكون معه المحاكم المصرية هى المختصة بنظر أى نزاع ينشأ عن هذا التنفيذ كما يكون القانون المصرى هو الواجب التطبيق على النزاع المعروض باعتباره قانون محل التنفيذ الذى يحكم العقد كله ويكون صحيحاً إعلان الطاعن بالحجز فى موطن هذا المراسل باعتباره موطناً مختاراً. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فإن النعى عليه بهذه الأسباب الثلاثة يكون على غير أساس".

والذى يلوح من قضاء محكمتنا العليا أنها استنتت قاعدة إسناد جديدة فى خصوص الاعتمادات المستندية. استنتت قاعدة مضمونها: فى الاعتمادات المستندية يكون القانون الواجب التطبيق الذى يحكم العلاقة بين البنك منفذ الاعتماد المستندى والمستفيد هو قانون المصرف باعتباره قانون دولة

الملتزم. وتعتبر هذه القاعدة مزدوجة الجانب بالمعنى الذى أوضحناه. وآية ذلك عندنا:

١- آمنت المحكمة العليا بأن التزام البنك فى مواجهة المستفيد هو التزام مستقل تماماً عن علاقة فتح الاعتماد بين العميل (الأمر) والبنك فاتح الاعتماد، كما سلمت بأن التزام البنك فى مواجهة المستفيد مستقل ونهائى ينشئ حقاً مباشراً للبايع فى الحصول على تنفيذ الاعتماد.

٢- من المؤكد أن المستفيد (البايع) ليس طرفاً فى علاقة مبرمة مباشرة بينه وبين البنك، سواء البنك فاتح الاعتماد، أو مراسله المنفذ للاعتماد فى موطن المستفيد. إذن المستفيد من الاعتماد ليس طرفاً فى عقد فتح الاعتماد المبرم بين البنك والعميل، ولم يتدخل فيه بأى وجه من الوجوه، وإن كان مكتسباً حقاً مباشراً فى مواجهة البنك من واقعة إصدار خطاب الاعتماد. ويتميز حق المستفيد إزاء البنك بكونه مستقلاً أولاً عن العلاقات القانونية التى بين العميل الأمر والبنك مصدر الاعتماد (عقد فتح الاعتماد)، وثانياً عن العلاقات التى بينه (المستفيد) والعميل الأمر (من عقد البيع). وينبنى على ذلك جملة آثار أخصها أن ليس فى مقدور البنك أن يتمسك بأى دفع ناشئ عن هذين العقدين^(١).

٣- لقد ارتأت المحكمة - فى تقديرنا - أنها بصدد التزام بالإرادة المنفردة صادر عن البنك، التزم لا توجد له فى القانون المدنى قاعدة إسناد تنظمه ذلك أن المادة ١/١٩ قاصرة فى تطبيقها - كما ذكرنا - على التصرفات القانونية (العقود) سواء تمت بإرادتين أو بإرادة واحدة.

٤- وانطلاقاً من هذا فإن المحكمة وجدت أن من واجبها لزوماً وانصياعاً لحكم المادة ٢٤ مدنى أن تنشئ قاعدة إسناد خاصة بالالتزامات التى تنشأ

(١) اقرأ فى تفصيلات عديدة حول الطبيعة القانونية لحق المستفيد، الدكتور زينب السيد سلامة، دور البنك فى الاعتمادات المستندية من الوجة القانونية، رسالة، المرجع السابق، ص ٣٨٠ وما بعدها.

بالإرادة المنفردة، خاصة من ميدان القانون التجارى يحفل بالعديد من هذه الحالات وبصفة خاصة فى نطاق عمليات البنوك الثلاثية الأطراف التى تجد أساس نشونها فى العرف التجارى.

٥- واقع الحال إذن هو أن المحكمة العليا فى حكمها هذا قد خلقت قاعدة إسناد جديدة. فما قالت به لا تسنده المادة ١/١٩ مدنى. وسند المحكمة - على ما يلوح لنا - هو نص المادة ٢٤ مدنى مصرى التى يجرى حكمها على أنه "تتبع فيما لم يرد فى شأنه نص .. من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولى الخاص". وهكذا قامت المحكمة بدور خالق لقاعدة إسناد جديدة ذات طبيعة قضائية بناء على ما أمر به المشرع فى المادة ٢٤ مدنى.

وفى مقام تقدير هذا الحل ووضعها فى الميزان نقرر أن ما قالت به المحكمة هو خلق مبتكر لها ينطوى على تجديد وإضافة تعهدهما دوماً منها، غاية ما هنالك أنه كان يتعين عليها - تأسيساً لقولها - أن تكشف عن أمرين: أولهما: أن المادة ١/١٩ إنما ترصد قاعدة إسناد خاصة بالتصرفات القانونية (الملزمة لجانبين أو لجانب واحد)، ومن ثم فإنها لا تسرى بالنسبة للالتزامات التى تنشأ بالإرادة المنفردة. ثانيهما: كان عليها أن تبرز أن ماقولته هو إنشاء لقاعدة إسناد جديدة خاصة بالالتزامات التى تنشأ مضمونها أعمال قانون المصرف الملتزم بإرادته نزولاً على حكم المادة ٢٤ مدنى، وهو تأسيس كان يعوزه من المحكمة جهد تظهر معه سند حكمها، وهو ما نأمل أن نشهده فى أحكامها المقبلة. ولها فيما قدمناه من حجج الدليل على صحة النتيجة التى خلصت إليها المحكمة والمتمثلة فى أعمال قانون البنك الملتزم بالإرادة المنفردة.

ومنى خضع الاعتماد المستندى للقانون المصرى بوصفه قانون البنك الملتزم بالتنفيذ، فإن المقصود بالقانون المصرى فى هذا الشأن يكون هو النصوص التشريعية المعمول بها والعرف والعادات الصحيحة

الخاصة بالاعتماد المستندي، دون العادات الخاصة بالبيع أو النقل البحري أو التامين^(١).

مسألة تحتاج إلى إيضاح:

تبقى مسألة أخيرة في هذا الشأن تستأهل التسطير: إذا اتفق أطراف الاعتماد المستندي تحديداً في العلاقة بين المشتري والبنك، على أن اعتمادهم المستندي، ذا الطبيعة الدولية، تحكمه القواعد والعادات الدولية الخاصة بالاعتمادات المستندية والتي وضعتها غرفة التجارة الدولية سنة ١٩٨٣ وأعمل القاضى المصرى المنظر أمامه المنازعة هذه القواعد نزولاً على ما تقضى المادة ١/١٩ مدنى مصرى من إخضاع العقد لقانون الإرادة الصريحة أو تطبيقاً لقاعدة الإسناد الخاصة بالاعتماد بالاعتماد المستندي فى العلاقة بين البنك المنفذ والمستفيد، فإن السؤال الذى يثور: هل يلتزم القاضى المصرى بتطبيق هذه القواعد حملاً على أنه من المفترض فيه أن يعلمها أم أنه يتعين على من يتمسك بها أن يقوم بإثباتها؟

يبدو قضاءنا المصرى ما يزال يؤمن - بكل أسف - أن التمسك بقانون أجنبى لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها، قولا منه بأن ذلك أمر تفرضه الاعتبارات العملية التى لا يتيسر معها للقاضى الإلمام بأحكام ذلك القانون^(٢). وفى ٦ فبراير ١٩٨٤ جاءت محكمة النقض المصرية بحكم^(٣) قطعت به نصف الطريق نحو التطور^(٤) حين أكدت أن النظر إلى "القانون

(١) الدكتور على جمال الدين عوض، الاعتماد المستندي، المرجع السابق، فقرة ٣٤، ص ٥٦.

(٢) قارن الدكتور هشام صادق، التعليق على أحكام محكمة النقض فى مسائل القانون البحرى، ١٩٨٥، فقرة ٨١ ص ٧٧ وما بعدها.

(٣) الطعن رقم ٩٨٣ لسنة ٤٩ ق. وفى التعليق عليه، مؤلف الدكتور هشام صادق، التعليق على أحكام محكمة النقض فى مسائل القانون البحرى، المرجع السابق، ص ١٨ وما بعدها.

(٤) وأنظر فى التطور الهائل بشأن هذه المسألة فى القانون الفرنسى، نقض فرنسى، ٢٥ نوفمبر ١٩٨٦، Bull. Civ. - ج ١ فقرة ٢٧٨؛ Rev. crit. ١٩٨٧، ٣٨٣ مع تعليق =

الأجنبي بوصفه مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها" أمر لا يستقيم التسليم به إلا في الفرض حيث يكون "القانون الأجنبي غريباً عن القاضى يصعب عليه الوقوف على أحكامه والوصول إلى مصادره. أما إذا كان القاضى يعلم بمضمونه أو كان علمه به مفترضاً فلا محل للتمسك بتطبيق تلك القاعدة".

فى ظل هذا الموقف الذى اعتنقته محكمتنا العليا – والذى قطعت معه شوطاً على طريق التقدم – نعتقد أن القضاء المصرى – وأياً كان موقفه إزاء مركز القانون الأجنبي أمامه – سوف يكون ملزماً بالبحث عن مضمون هذه القواعد الموحدة المتعلقة بالاعتمادات المستندية وتطبيقها، إذ أن علمه بهذه القواعد يكون – ولا شك – مفترضاً كما تقول محكمتنا العليا.

هذا الاستخلاص سبق للقضاء اللبناني أن قال به صراحة فى عبارات قاطعة فى خصوص منازعة متعلقة بالاعتمادات المستندية. وفى ذلك تقول محكمة التمييز اللبنانية فى حكم لها فى ٤ أبريل ١٩٦٨: "إن العقد الناشئ عن فتح اعتماد مصرفى (مستندى) هو عقد مبنى على أعراف التجارة الدولية التى ترعى كيفية إنشائه وأثاره، وهذه الأعراف تقرها جميع المحاكم عبر العالم دون حاجة إليها بأن تردها إلى تشريعاتها الداخلية أو أن تستنبط بالضرورة من هذه التشريعات ما يبررها إذ أنه يتكون من الأعراف بحد ذاتها قانون غير مكتوب - يفترض بالقاضى أن يعلم به العلم الذى له بسائر القوانين"^(١).

= Ancel et lequette؛ نقض فرنسى، ١١، ١٨ أكتوبر ١٩٨٨، Bull. Civ، ١٩٨٨،
فقرة ٢٧٨، وأنظر بصفة عامة مقال الأستاذ André Ponsard بعنوان:
L'office de Juge et L'application du droit étranger.

المجلة الانتقادية، ١٩٩٠، ص ٦٠٧ وما بعدها.
(١) تمييز مدنى رقم ٣٩ فى ١٩٦٨/٤/٤ – مجلة العدل ١٩٦٨ ص ٤٨٢. وقد سبق لنا فى دراسة بخصوص تنازع القوانين فى مسائل الأوراق التجارية أن خالصنا إلى نتيجة مماثلة فى الفرض حيث يكون القانون الواجب التطبيق أمام القاضى المصرى بشأن منازعة خاصة بورقة تجارية – كمبيالة أم سنداً أذنياً أم شيكاً – هو قانون دولة أجنبية نقلت إلى تشريعها الداخلى أحكام قانون جنيف الموحد وفى ذلك قلنا إنه "إذا عرضت منازعة مثلاً أمام القاضى المصرى وأشارت قاعدة الإسناد المدرجة فى قانون القاضى إلى تطبيق القانون الفرنسى المأخوذ عن قانون جنيف الموحد، فإن القاضى فى هذه =

=الفرضية يطبق قانونا داخلية مع ما يترتب على ذلك من آثار. ومع ذلك تبقى للمسألة - في ظل القانون الوضعي - أهمية بالغة لا يمكن إغفالها أو التقليل من شأنها. فالاتجاه الحديث لمحكمة النقض المصرية يلزم القاضى بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي إذا كان عالماً به أو من المفروض أن يكون عالماً به. وليس ثمة شك أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد المصرية إلى تطبيق قانون دولة نقلت إلى قانونها الداخلى قواعد قانون جنيف الموحد، فإن القدر المتيقن منه هو أن يكون مقترضاً فى القاضى المصرى العلم بأحكام هذا القانون، ويكون من ثم ملزماً بالبحث عن مضمونه، بوصفه قانوناً أجنبياً".
تنازع القوانين فى الأوراق التجارية، الدار الجامعية ١٩٨٨، ص ٢٢.

الفصل الخامس عقود الخدمة المصرفية ذات الطبيعة الدولية

تقوم البنوك - بالإضافة إلى نشاطها المصرفي الأصيل - بعمليات أخرى مما يقوم به أي وكيل عادي لا يحترف العمليات المصرفية، وذلك بحسبان أنها عمليات تتصل بنشاطها الأصيل. وتتوحد هذه العمليات التي يؤديها البنك وتتعدد خدماته لعملائه وإن كانت غالباً ما تنصرف إلى عمليات تحصيل حقوقهم لدى الغير أو القيام بوفاء ديونهم (مبحث أول) أو بتقديم معلومات لهم (مبحث ثان) بالإضافة إلى خدمات مصرفية أخرى (مبحث ثالث).

المبحث الأول عمليات التحصيل والوفاء

لدراسة هذا الموضوع نعرضه في مطلبين: الأول ونخصه بالعملية الخاصة بالتحصيل والثاني ونبحث فيه عملية الوفاء والقانون الواجب التطبيق في الحالين.

المطلب الأول التوكيل في التحصيل

كثيراً ما يعهد العميل إلى البنك - الذي يتعامل معه - بتحصيل حقوقه لدى الغير^(١). وعادةً ما يتعلق التحصيل بحقوق ثابتة في سندات أو أوراق مستحقة الوفاء في مصر أو في الخارج.

(١) ومن الجدير بالإشارة إلى محدودية حالات التنازع التي يمكن أن تثور بخصوص هذه العملية. ويرجع السبب في ذلك إلى أن غرفة التجارة الدولية قد وضعت اللائحة الموحدة لتحصيل الأوراق التجارية سنة ١٩٥٧. وهناك العديد من المنظمات المصرفية في الدول المختلفة قد اعتمدها وأخذت بها بقصد تيسير عملية تحصيل الأوراق التجارية وتأمين سير هذه العملية دون مسؤولية على البنك، وذلك بحسبان أن الكثير من هذه الأوراق يتم تحصيلها في دولة أجنبية بالنسبة لدولة تحريرها. هذا وقد أعيدت صياغة هذه اللائحة سنة ١٩٦٧ وأخيراً سنة ١٩٧٩. أنظر في ذلك الدكتور علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٨٨٩ هامش (١). ومؤلفه الوجيز في القانون التجاري، ١٩٨٢، فقرة ٧١٥ ص ٥٤٦.

ويستقر الرأي المعتمد في الفقه على أن تدخل البنك في هذه الصورة ببطوى على عمل قانونى لحساب العميل^(١)، فالبنك وكيل والعميل مُوكِل. هذه الوكالة يحكمها في شكلها قانون محل إبرامها نزولاً على حكم القاعدة القائلة بأن "الشكل يحكمه قانون محل إبرامه". وهذه قاعدة اختيارية ومن ثم تكون العملية سليمة من حيث الشكل متى صادفت في صحتها واحداً من القوانين المنصوص عليها في المادة ٢٠ مدنى مصرى وإن كان العمل يجرى عادة على إفراغ هذه الوكالة وفقاً لأحكام قانون المصرف القائم بالتحصيل.

ولتحديد القانون الذى يحكم عملية تحصيل الورقة التجارية (فهذا هو الغالب) من الناحية الموضوعية يجب أن يكون واضحاً ابتداءً أننا بصدد مسألتين مستقلتين تمام الاستقلال: القانون الذى يحكم آثار الورقة التجارية محل التحصيل من ناحية، وعملية التحصيل ذاتها بوصفها عملية مصرفية تربط بين بنك و عميل.

أولاً: القانون الذى يحكم الورقة التجارية محل التحصيل:

هذا، والغالب في العمل أن يكون تكليف البنك بتحصيل أوراق تجارية، أو شيك. وفي هذه الحالة يتم توكيل البنك من قبل العميل عن طريق تظهير توكيلى Par un endossement de procuration. هذا التظهير التوكيلى تحكمه القواعد المقررة في اتفاقات جنيف لسنة ١٩٣٠^(٢) عند البعض، بينما نحن نرى عدم سلامة هذا الحل في القانون المصرى. ولمزيد من الإيضاح نعرض إجمالاً للقانون الذى يحكم آثار التزام المظهر فى ظل اتفاقات جنيف، والحكم الممكن إعماله من الناحية الوضعية عندهنا. وهو إيجاز يحتاج إلى تفاصيل.

(١) فى مصر، الدكتور على جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، المرجع السابق، فقرة ٧٢٥، ص ٨٩٠، وفى فرنسا Stoufflet، البنك وعمليات البنوك فى القانون الدولى، المرجع السابق، فقرة ١٣٧.

(٢) Stoufflet، المرجع السابق، فقرة ١٣٧.

وضع المسألة في اتفاقيات جنيف:

تنص المادة ٢/٤ من اتفاقية جنيف لسنة ١٩٣٠ والمادة الخامسة من اتفاقية جنيف سنة ١٩٣١ على إخضاع آثار التزام المظهر في الكمبيالة أو السند الإذني أو الشيك لقانون الدولة التي تم فيها التطهير.

فهذا القانون هو الذي يتحدد بمقتضاه الآثار الناتجة عن هذا التطهير، مثل تعيين مدى الالتزام الذي يترتب في ذمة المظهر، وما إذا كان هذا الإلتزام يقع بالتضامن مع التزام سائر الموقعين على الورقة، و آثار هذا التضامن في حالة وقوعه. كما يرجع لهذا القانون لتحديد مدى تطبيق مبدأ عدم الاحتجاج بالدفع، فيحدد لنا ما هي الدفوع التي يُطهرها التطهير وتلك التي تبقى ملازمة للسك فتنتقل معه إلى الحامل الجديد. وبالمثل يسرى هذا القانون على آثار التطهير الحاصل بعد ميعاد الاستحقاق، فيحدد ما إذا كان هذا التطهير ينتج ذات الآثار التي ينتجها التطهير الحاصل قبل تاريخ الاستحقاق، أم أنه تترتب عليه وحسب آثار الحوالة المدنية. ويسرى هذا القانون كذلك فيما يتعلق ببيان الحالة التي يعد فيها التطهير واقعا بعد تاريخ الاستحقاق وما إذا كان يعتبر كذلك إذا وقع بعد التاريخ المعين للوفاء أم بعد التاريخ المعين لإجراء الاحتجاج. ويرجع لهذا القانون أيضاً لمعرفة الحل الذي يتبع إذا كان التطهير غير مؤرخ، وما إذا كان يعد التطهير حادثاً في هذه الحالة قبل تاريخ الاستحقاق أم بعده^(١).

وما أخذت به الاتفاقية كان هو الرأي السائد في الفقه الفرنسي قبل سنة ١٩٣٠^(٢) على الرغم من أن هناك اتجاهاً آخر كان يعول على تطبيق قانون

(١) Lescot et Roblot، المرجع السابق، بند ١٠٨٦، ص ٥٩٠ وما بعدها، Roblot، الأوراق التجارية، ١٩٧٥، بند ٦٧٨، ص ٥٨٤، Arminjon، بند ١٧٦، ص ٣٣٤.

(٢) Lyon - Caen et Renault، T. IV. No. 647. Weiss، T. IV. P. 462; Despagnet، Précis de droit international privé. 1909، op. cit.، No. 341، P. 991 et s.، ALERY، op. cit.، No. 924; Lapradelle - Niboyet، op. cit.، No. 42; Arminjon، op. cit.، No. 176; Arminjon et Carry، op. cit.، No. 448; carry، op. cit.، P. 142، Lescot et Roblot، No. 1086.

محل الوفاء^(١).

القانون الذى يحكم آثار التزامات المظهرين فى القانون المصرى:

عديدة، من غير شك، المسائل التى يمكن أن يطرحها للبحث الأمر المتعلق بتحديد القانون الذى يحكم آثار التزامات المظهرين فى ظل القانون المصرى. فهناك أولاً مسألة قابلية الصك ذاته للتداول، وهناك ثانياً الموضوع الخاص بآثار التطهير وهو أمر يجرنا إلى مناقشة جملة من المسائل مثل التطهير على بياض، والتطهير الحاصل بعد ميعاد الاستحقاق، وهو ما نعرض له تفصيلاً من بعد تقديرنا لموقف الفقه المصرى:

موقف الفقه المصرى:

يذهب الفقه المصرى إلى إخضاع آثار التزام المظهر لحكم المادة ١/١٩ مدنى مصرى. وعلى ذلك "يسرى فى شأن التزام كل مظهر - وفقاً لمبدأ التعدد - القانون الخاص به، وهو قانون الإرادة أو قانون الموطن المشترك أو قانون محل التطهير على حسب الأحوال"^(٢). كذلك يُطبق ذات الحل بالنسبة لآثار التطهير الحاصل بعد ميعاد الاستحقاق^(٣).

وقد انتقد البعض بشدة هذا الرأى مقررًا أنه حل ينطوى على قدر من التعدد فى القوانين الواجبة التطبيق على الالتزامات المصرفية الواردة على ورقة

(١) Bruxelles. 20 janvier 1808, S. 1808 - 2 P. 330; Paris 29 Mars 1836, S. 1836, 2 - P. 437 Paris 12 avril 1850. 2, P. 333.

(٢) الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند ١٢٢٥، ص ١١٥٣، وفى تأييده الدكتور هشام صادق، تنازع القوانين، الطبعة الثالثة ١٩٧٤، ص ٨٣٦.

(٣) الدكتور محسن شفيق، بند ١٢٢٦، ص ١١٥٣، وفى تأييده الدكتور هشام صادق، هامش (٤) ص ٨٣٧، ٨٣٦. وقريب من هذا الحل ما يقول به جانب من الفقه اللبنانى من ضرورة أن يُطبق فى شأن التزام كل مظهر من المظهرين القانون الخاص به، وهو القانون المتفق عليه بين الطرفين وإلا فقانون المحل الذى وقع فيه التطهير،" الدكتور إدوار عيد، المرجع السابق، بند ٣٩، ص ٩١ - ٩٢. وقد أخذت بهذا القانون الأخير بعض أحكام القضاء فى لبنان، راجع ذلك: استئناف لبنانى مختلط فى أغسطس ١٩٤٤ - مجموعة الاجتهاد المختلط - ج ١، ص ٣٣٧، رقم ١٧، محكمة البداية المختلطة فى ٧ مايو ١٩٣٥ و ٢٢ أكتوبر ١٩٣٥ - حكمان منشوران فى مجموعة الاجتهاد المختلط ج ١، ص ٣٣٧، رقمى ١٨، ١٩.

واحدة يفوق القدر الذى تصوره دعاة التعدد أنفسهم وأمنت به اتفاقيتنا جنيف. ويضيفون أن هذا الحل يتجاهل ذلك الترابط القائم بين الالتزامات المختلفة فى الورقة الواحدة من كونها ترد على موضوع واحد هو مبلغ الدين الثابت فيها. ناهيك عما يودى إليه من تباين فى مدى الضمان الذى تتشغل به ذمة كل مظهر فى الورقة تبعاً لما يقضى به كل قانون من القوانين التى تحكم التزامات كل مظهر على حدة. والنتيجة المتصورة فى هذه الحالة: قد يقضى قانون باعتبار دفع معين من الدفع التى يطرها التظهير، بينما يقضى قانون آخر باعتبار دفع مماثل من الدفع التى تظل عالقة بالصك فتنتقل معه إلى الحامل الجديد.

مثال آخر: ورقة وردت عليها جملة تظهيرات وفقاً للضوابط التى عدتها المادة ١٩ / ١ مدنى السابقة، وكان أحد هذه القوانين يأخذ فى تحديد المقصود بحسن النية (حتى يحق له التمسك بعدم جواز الاحتجاج بالدفع فى مواجهته) بنظرية العلم التى وفقاً لها يتوافر حسن النية متى كان الحامل جاهلاً بالعيب الذى يشوب الورقة وقت التظهير، وكان قانون آخر لا يكتفى للقول بحسن نية الحامل بمجرد العلم لا اعتبار الحامل سئ النية وحرمانه من ميزة عدم الاحتجاج بالدفع فى مواجهته وإنما يتطلب الغش والتواطؤ بين المظهر والمظهر إليه على إجراء التظهير بغية الإضرار بالمدين وحرمانه من الدفع التى يملك التمسك بها فى مواجهة المظهر، بينما يأخذ قانون ثالث بحل وسط بين الأمرين السابقين متطلباً أن يكون الحامل قد قصد الإضرار بالمدين وقت حصوله على الكمبيالة. هذا التباين فى الحلول، بحسب المذهب الذى يأخذ به كل قانون من القوانين التى تحكم التظهير، يعكس لنا بجلاء مدى التباين الذى يمكن أن يقع فى حقوق كل من الدائن (الحامل) والمدين (المظهر) على أثر إخضاع كل التزام من الالتزامات المتعددة فى الورقة لقانون مختلف. ألم يتأكد بعد – مرة أخرى – عدم ملاءمة المادة ١٩ / ١ مدنى لحكم الالتزامات الصرفية؟

متى فرغنا من إيراد هذه المآخذ على ما يقول به الفقه المصرى فى شأن المسألة موضع البحث، فإنه يتعين علينا أن نعرض لجملة من المسائل التى يمكن أن يثيرها موضوع التظهير من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق فى القانون المصرى.

أولاً : قابلية الصك للتداول :La négociabilité du titre:

مسألة قابلية الصك للتداول من عدمه على أساس تحقق أو توافر الشروط التى يتطلبها المشرع الداخلى فى كل دولة من الدول، أمر يثير من الناحية العملية مشاكل حادة ينبغى بشأنها التمييز بين فرضين^(١):
أ- قد يحدث أن تحرر ورقة تجارية، كعميالة مثلاً، لا تكون قابلة للتظهير وفقاً لقانون بلد إنشائها، فهل تكون هذه الكميالة غير قابلة للتداول بالطرق التجارية بصفة مطلقة، أم أنه يجوز تداولها بهذه الطرق فى البلاد التى تجيز قوانينها ذلك؟.

لمزيد من الإيضاح نسوق المثال التالى: من المعلوم أن هناك بعض التشريعات لا تكون فيها الورقة التجارية قابلة للتداول بالتظهير إلا إذا تضمنت شرط الأمر أو الإذن^(٢). فإذا حررت الورقة دون أن تتضمن شرط الإذن المتطلب فى هذه التشريعات فإنها لا تكون قابلة للتداول بطريق التظهير. وعلى النقيض من ذلك، فإن الدول التى نقلت إلى تشريعاتها قانون جنيف الموحد مثل القانون المصرى الجديد لسنة ١٩٩٩ (المادة ٢٧٩) والسورى (م ٤١٠) والعراقى (م ٤١٦) والسعودى (م الأولى من النظام) والبننانى (م ٣١٥) لا تشترط لصحة تداول الورقة التجارية بالتظهير ضرورة اشتغالها على شرط الأمر أو الإذن مع الاكتفاء بذكر نوع الورقة. والسؤال: إذا نشأت كميالة غير

(١) أنظر بصفة خاصة، الخلط بين المسألتين عند ليسكو وربلو، المرجع السابق، بند ١٠٨٥، روبلو فى الأوراق التجارية، ١٩٧٥، بند ٦٧٨.

(٢) كما كان الحال فى القانون المصرى القديم الذى ألغى بمقتضى القانون ١٧ لسنة ١٩٩٩ (المادتان ١٠٥ و ١٩٠).

متضمنة لشرط الإذن أو الأمر في الدولة التي يجيز قانونها ضرورة توافر هذا الإذن، فهل يصح تظهيرها في أى من التشريعات التي نقلت عن قانون جنيف الموحد ولم تتطلب شرط الأمر واكتفت بضرورة ذكر نوع الورقة؟.

طرح مثل هذا التساؤل في الفقه الألماني^(١). فكان هناك من قال بجواز تظهير الورقة بعد نشأتها مجردة من شرط الإذن أو الأمر، وهناك من رفض ذلك.

فالكارهون لمذهب التعدد أعطوا للصك الأصلي L effet de base مدلولاً واسع المضمون ورأوا إخضاع تداول الورقة في هذه الحالة لنظام واحد يحكمه قانون محل نشوء الصك. فإذا جاءت الورقة التجارية عند إنشائها مجردة من أحد بياناتها الإلزامية مثل شرط الأمر فإن مؤدى ذلك أن تفقد الورقة صفتها المصرفية بالنسبة لجميع الملتزمين فيها. ومن ثم، لا يتصور أن يكون للتظهير اللاحق أى أثر على صحة الورقة التي ولدت ميتة لا يقوم بها الالتزام المصرفي^(٢) ولا تكون قابلة للتداول بالطرق التجارية.

بيد أن هذا الحل لن يجد قبولاً لدى دعاة مذهب التعدد في مصر أو الخارج^(٣). فطالما أن آثار كل التزام صرفي تخضع للقانون الذي يحكم نشأة هذا الالتزام فإن منطقتهم سيؤدى إلى اعتبار تظهير الورقة التجارية التي تنشأ في دولة يتطلب قانونها البيان الخاص بشرط الأمر أن تكون صحيحة إذا ظهرت في دولة يجهل قانونها هذا الشرط مثل مصر أو السعودية أو لبنان أو سوريا.

(١) حيث ثار التساؤل عن الحكم بالنسبة للورقة التجارية التي تنشأ في أمريكا من غير أن يذكر فيها أنها للإذن أو للأمر كما تتطلب المادة (٨ من القانون الأمريكى) ويتم تظهيرها في دولة مثل فرنسا أو إنجلترا وهما من الدول التي تتطلب هذا الشرط. راجع فى هذه المشكلة فى القانون الألمانى المراجع المشار إليها عند Carry، المرجع السابق، هامش (٣) ص ١٣٨، والمراجع المشار إليها عند ليسكو وربلو، هامش (٢)، ص ٥٨٩.

(٢) راجع هذا الرأى معروضاً فى ليسكو وربلو، بند ١٠٨٥، Schapira، المرجع السابق، بند ١٢٦.

(٣) راجع فى الفقه الفرنسى، ليسكو وربلو، سابق الإشارة إليه، Carry ص ١٣٩ - ١٤٠، schapira، بند ١٢٦، وربلو، الأوراق التجارية، بند ٦٧٨، ص ٥٨٤.

ولا شك أن إعمال منطبق المادة ١٩ / ١ مدنى مصرى سيؤدى إلى مثل هذه النتيجة الأخيرة.

إعمال حكم المادة ١٩ / ١ مع ما يؤدى إليه من تعدد فى القوانين المحتملة التطبيق يبدو لنا غير مقبول. ولتوضيح وجهة نظرنا يتعين رد المسألة إلى أصولها وبالنظر إلى الشرط الذى نحن بصدده على أنه من الشروط الشكلية (بالمعنى الواسع) يحكمه فى مصر قانون محل نشوء الورقة التجارية. فإذا تخلف الشرط فقدت الورقة صفتها المصرفية. وهذا أمر ليس خافياً على المتعاملين فى الورقة لأن الأمر يتعلق بعيب ظاهر يتمثل فى عدم احتواء الورقة على واحد من البيانات التى يتحقق بها الالتزام المصرفى. وإذا أخطأ المتعامل فى الورقة غير المتضمنة لهذا الأمر فلا يلومن إلا نفسه. والقول بغير ذلك ينطوى على افتئات على أبسط المبادئ القانونية حيث سيكون فى مقدور من حصل على ورقة تجارية - يعلم وفقاً للقانون الذى يحكمها عند نشأتها - أنها مجردة من صفتها المصرفية أن يقوم بتظهيرها فى ظل قانون دولة أخرى يضى عليها هذه الصفة. ثم ماذا لو كان قانون محل إنشاء الورقة هو محل الوفاء؟ هل سيكون فى مقدور من ظهرت إليه الورقة فى مصر مثلاً أن يرجع على المسحوب عليه إذا كان متوطناً فى دولة يتطلب قانونها شرط الأمر لمطالبته بالوفاء بالالتزام صرفى عليه؟ بالطبع لن يكون ذلك ممكناً.

إن قولنا هذا ينبسط ليشمل فروضاً أخرى: فلو أن ورقة تجارية نشأت فى دولة من الدول التى نقلت إلى تشريعاتها قانون جنيف الموحد ولم يُذكر فيها نوع الورقة "كمبيالة" أو "شيك" كما تتطلب هذه التشريعات، فإن الورقة تكون باطلة كورقة تجارية، ولا يجوز تظهيرها فى دولة أخرى لا يتطلب قانونها ذكر نوع الورقة. (القانون المصرى مثلاً قبل العمل بالقانون الجديد لسنة ١٩٩٩) لذات التحليل المتقدم. وعلى النقيض من ذلك إذا نشأت كمبيالة فى دولة ولم يُذكر فيها نوعها، أى أنها "كمبيالة"، حيث لا يتطلب قانون دولة إنشائها ذلك، فإن هذه الورقة تنشأ صحيحة ويكون فى الإمكان تظهيرها فى مصر أو العراق

أو سوريا أو السعودية أو لبنان على الرغم من أن هذه التشريعات جميعاً تتطلب في الصك الأصلي L effet de base أن يتضمن العبارة الدالة على نوعه ككلمة كميالية^(١).

ب- والفرض الثاني خاص بالحالة التي يتم فيها إنشاء ورقة تجارية في دولة^(٢) يجيز قانونها للمظهر أن يدرج شروطاً معينة مثل شرط "عدم الأمر" clause non á ordre أو عدم القابلية للتظهير non endossable وبحيث يمتنع على المظهر إليه الذي انتقلت إليه الورقة أن يظهرها إلى أحد غيره. والسؤال: هل يمكن تظهير هذه الورقة إذا انتقلت إلى دولة يعتبر قانونها مثل هذا الشرط كأن لم يكن؟.

اختلفت الإجابة على هذا التساؤل عند أنصار مذهب التعدد عنها عند أصحاب مذهب الوحدة. فالحواريون من أنصار^(٣) مذهب التعدد يرون أنه متى

(١) راجع في عكس ذلك، ليسكو وريلو، ص ٥٨٩، ٥٩٠، حيث يخلصان إلى النتيجة التالية: الورقة التجارية التي لا تكون قابلة للتظهير في بلد إنشائها يمكن انتقالها بالتظهير في بلد تكون فيه، وفقاً لقانونها، قابلة له. وعلى النقيض من ذلك، إذا كانت الورقة تقبل التظهير بحسب قانون إنشائها فإنه لا يصح تظهيرها في بلد يمنع تشريعه انتقالها بالتظهير. وأنظر في ذات المعنى في القانون السوري، الدكتور رزق الله أنطاكي، سابق الإشارة إليه، بند ٣٩٨ ص ٤٧٩.

(٢) كما هو الحال في التشريعات التي أخذت عن قانون جنيف الموحد، مثل القانون المصري (م ٢٧٩ أ) والسوري (م ٢/٣٢٩ من قانون التجارة)، والمادة ٢/٤٣١ من قانون التجارة السوري، والمادة ٢/١١٩ من قانون التجارة الفرنسي، والمادة ٢/١٢ من النظام الخاص بالأوراق التجارية السعودي التي تنص على أنه "ولا يجوز تداول الكميالية التي يضع فيها صاحبها عبارة "ليس الأمر" أو أية عبارة مماثلة إلا وفقاً لأحكام حوالة الحق".

(٣) ليسكو وريلو، المرجع السابق، بند ١٠٨٥، روبلو، المرجع السابق، بند ٦٧٨. الجدير بالإشارة أن هذين الفقهاء قد قررا وهما بصدد بحث القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية والشروط الشكلية في الورقة، أن هناك حالات متعددة يختلط فيها الموضوع بالشكل بطريقة يستعصى معها الفصل بينهما وذلك لأنه في الالتزام الصرفي، وهو التزام شكلي، تحدد بيانات الورقة بذاتها وبطريقة يحتج بها على الكافة مضمون وأوصاف التزام المتعهد في الورقة (راجع بند ١٠٥٥ ص ٥٥٨ - ٥٥٩) والسؤال الذي نطرحه: ألا يعتبر هذا القول منها مناقضاً لما يقولان به هنا خاصة وأنهما يسلمان طوعاً أن "شرط عدم الأمر" هذا من البيانات التي يحتج بها على=

كانت الدولة التي انتقلت إليها الورقة تعتبر مثل هذا الشرط المدرج لاغياً، فإن الورقة لا تكون قابلة للتظهير في هذه الدولة الأخيرة. ويجب الالتفات عن الشرط المتضمن والإعراض عن قيمته، وذلك لأن آثار كل التزام صرفي يحكمها قانون محل نشوء الإلتزام الصرفي تطبيقاً لمبدأ التعدد الذي كرسته المادة ٢/٤ من إتفاقية جنيف لسنة ١٩٣٠، والمادة الخامسة من إتفاقية جنيف لسنة ١٩٣١. ويضيف هؤلاء التعدديون قولهم بأنه لا يصح إخضاع قابلية الصك للتداول لقانون محل نشوء الورقة ابتداءً نزولاً على مذهب الوحدة وذلك لأمرين:

أولهما: أن أعمال مبدأ الوحدة من شأنه أن يضيف على مضمون السند الأساسي نطاقاً واسعاً. فلا يصح أن تفقد كميالية صفتها الصرفية لكونها غير قابلة للتداول بمقتضى الشرط الذي تحيظه صراحة بعض التشريعات والذي يعطى للساحب أن يضمن الورقة عبارة "ليست لأمر" أو أية عبارة أخرى مماثلة^(١).

ثانيهما: أنه قد جرى العمل في القانون الفرنسي قبل سنة ١٩٣٠، وهو ما تلقفته إتفاقية جنيف بالتقنين، على إخضاع آثار كل تظهير من التظهيرات التي ترد في الورقة لقانون محل نشوء كل التزام من هذه الإلتزامات. وفي تقديرنا أنه لا يمكن التسليم بأى من هاتين الحجبتين:

فإذا كان صحيحاً أن قانون جنيف الموحد والتشريعات التي أخذت عنه تجيز للساحب أن يدرج في الورقة التجارية، كميالية كانت أو سنداً إذنيّاً أو شيكاً، شرط عدم الأمر أو أى شرط آخر معادل له، إلا أنها تحدد في نفس الوقت أن الورقة التي تتضمن مثل هذا الشرط لا تكون قابلة للتداول إلا وفقاً لأحكام

=الكافة؟ صحيح أنهما يسلمان بأن البيان المذكور يعد من الشروط الموضوعية التي تخضع لقانون الإرادة بحسبان أنه يحدد مضمون وأوصاف الإلتزام الملتمزم في الورقة. لكن حتى مع التسليم جدلاً (وهو ما رفضناه) بأن هذا الشرط يتعلق بمسألة موضوعية، أفلا يكون حجة ملزمة لكل من تنتقل إليه الورقة؟

(١) ليسكو وريلو ص ٥٨٩.

حوالة الحق^(١). إن ذلك لا يعنى غير أمر واحد هو أن الورقة التى تتضمن مثل هذا الشرط تفقد صفتها المصرفية كورقة تجارية لها أحكامها الخاصة بها.

وهذا الوضع الذى تفقد فيه الورقة - بفعل الشرط المذكور - صفتها كورقة تجارية يختلف عن الفرض الذى تنشأ فيه الورقة صحيحة لا تتضمن مثل هذا الشرط. ففى هذه الحالة الأخيرة نكون بصدد ورقة تجارية تخضع لأحكام قانون الصرف الخاص بها. غير أنه من الجائز - بمقتضى قانون جنيف الموحد والتشريعات التى أخذت عنه^(٢) - أن يدرج المظهر فى الورقة شرطاً بمقتضاه لا يكون للمظهر إليه أن يظهر الكمبيالة من جديد كأن يذكر فى الورقة: (وعنى دفع المبلغ لأمر زيد ولا يجوز تظهير الكمبيالة بعد الآن). ولا يترتب على هذا الشرط منع المظهر إليه من تظهير الكمبيالة من جديد، وإنما كل ما يترتب عليه هو أن المظهر لا يكون ملزماً بالضمان تجاه الأشخاص الذين تظهر إليهم الورقة فيما بعد، مع بقاءه ملتزماً بالضمان تجاه الشخص الذى ظهر إليه هذه الورقة^(٣). بيد أن هذا الأمر يفترض - وهذا بديهي - سبق تظهير الورقة من قبل وهو ما لا يكون إلا إذا كانت الورقة قد نشأت خالية من شرط "عدم الأمر".

مفاد ذلك كله - وبالمخالفة لما يتصوره حواريو مذهب التعدد - أن هذا الشرط يجردها من القابلية للتداول فى القانون الداخلى، وهو ما يعنى - دون شبهة شك - أن المضمون الأصيل للورقة يؤثر بصفة دائمة على حياتها

(١) م ٢/١٢ من النظام السعودى، والمادة ٢/٣٢٥ من القانون اللبنانى، والمادة ٢/٤٣١ من قانون التجارة السورى والمادة ٢/٢٩١ من مصرى جديد التى تنص على أنه "لا يجوز تداول الكمبيالة التى يضع فيها الساحب عبارة "ليست لأمر" أو أية عبارة أخرى تنفيذ هذا المعنى إلا باتباع إجراءات حوالة الحق المنصوص عليها فى القانون المدنى مع ما يترتب على ذلك من آثار.

(٢) راجع المادة (٢/٤٣١) ق التجارة) من القانون السورى، والمادة (٢/٣٢٩) ق التجارة) من القانون اللبنانى والمادة (٤٣١) ق التجارة) من القانون العراقى، والمادة (١٥) من النظام السعودى.

(٣) الدكتور مصطفى كمال طه، القانون التجارى (مؤلفه فى القانون اللبنانى)، سابق الإشارة إليه، بند ٩١، ص ٧٨.

اللاحقة. ألا ينبغي أن يكون الحال كذلك إذا ما انتقلنا بالمسألة من نطاق القانون الداخلى إلى نطاق القانون الدولى الخاص؟.

كما لا يصح كذلك الاحتجاج بأن معاهدتى جنيف من ناحية والعمل المضطرد فى القانون الفرنسى من ناحية أخرى يقضيان - نهجاً على مذهب التعدد - بإخضاع الآثار القانونية لكل تظهير وارد فى الورقة لقانون محل نشوئه، وذلك لأن نصوص هذه الاتفاقيات، من ناحية، والقانون الوضعى الفرنسى قبل سنة ١٩٣٠، من ناحية أخرى تكرر مبدأ التعدد فيما يخص آثار الالتزامات الصرفية، بينما المسألة موضع البحث تتعلق بصحة كل تظهير من التظهيرات الواردة فى الورقة لا بأثارها. زد على ذلك فإن ما تناقشه من أمر خاص "بقابلية الورقة للتداول" والقانون الواجب التطبيق فى شأنها مسألة أولية ينبغى الوقوف عليها قبل البحث عن القانون الواجب التطبيق على آثار التظهير.

وهكذا، فإن وضع الأمور فى نصابها الصحيح يتحدد من خلال التسليم بأن البيان المذكور هو من قبيل الشكل (بالمعنى الواسع) فى الورقة التجارية، يحدد شرعيته فى مصر قانون محل نشوء الصك (المادة ٣٨٧ أ والمادة ٤٧١ أ) كما رأينا. ومن ثم، فإنه متى كان شرط "عدم الإذن" أو "عدم الأمر" قد نشأ صحيحاً، أى فى ظل قانون يجيزه، فإن القول بالإعراض عن هذا الشرط، وإمكانية تظهير الورقة بعد ذلك فى دولة أخرى تعتبر هذا الشرط لغواً أو كان لم يكن، أمر لا ينبغى قبوله بحال. فطالما أن الشرط قد نشأ صحيحاً فى قانون محل إصدار الصك، فإن الورقة تبقى صحيحة من الناحية الشكلية. ولا يعقل أن يكون فى مقدور من يتلقى الصك المدون فيه هذا الشرط أن يتنكر له وأن يتصل من احترام الشروط التى التزم بمقتضاها^(١).

وفى قول آخر فإن الشرط متى نشأ صحيحاً، وظاهراً فى الورقة فإنه يكون حجة على الكافة لأنه يحدد مضمون الحق الثابت فى الصك. ومن يتلقى الورقة الظاهر فيها هذا الشرط له أن يرفضها ما دام ذلك حالها ولا أحد يجبره

(١) فى هذا المعنى، Schapira، سابق الإشارة إليه، بند ١٢٦، Chemaly، سابق الإشارة إليه، بند ٥٢١ ص ٣٧٣.

على قبولها. فإن قبلها فإنه ينبغي أن ينصاع لحكم الشروط المشروعة التي وردت فيها والتي تربط أيضاً من يتم نقل الورقة إليه بالتظهير، وهكذا بالنسبة لسائر الحملة المتعاقبين. وإذا تشكك أي من هؤلاء في قيمة هذا الشرط من وجهة نظر القانون الذي يحكمه، فله ببساطة أن يحجم عن قبول هذه الورقة^(١). هذه النتيجة المنطقية التي يفضي إليها مذهب الوحدة القائم على ذلك الترابط بين الإلتزامات الواردة في الورقة الواحدة هو وحدة الذي يحفظ للورقة طبيعتها الخاصة بها، وييسر تداولها.

ثانياً: القانون الذي يحكم آثار التظهير:

إذا أردنا أن نحدد القانون الملزم لحكم آثار التظهير في الورقة التجارية، فإن نقطة الانطلاق يجب أن تنبعث من فرضية جوهرية رصدها القضاء الفرنسي منذ زمن بعيد وهي أن "حقوق والتزامات المظهرين في الورقة التجارية، والذين يكفل كل منهم الآخر، متشابهة فيما بينهما"^(٢).

"Que Le droits et les obligations de tous les endosseurs, garants les uns des autres, se tiennent".

وعلى ذلك فإن من الخطأ النظر إلى الإلتزامات الواردة في الورقة بوصفها جملة من التصرفات أو العقود العادية التي توجد وحسب متجاورة بجانب بعضها البعض، دون اعتبار لتلك الرابطة العضوية التي تولف بينها. ويكون علينا أن نفاضل بين أحد أمرين: أن نرى التظهيرات الواردة في الورقة على أنها متشابهة فيما بينها ويكون من الأفضل عندئذ إخضاعها لقانون واحد، أو أن ننظر إليها كما يرى الفقه المصري على أنها تصرفات متجاورة في الورقة لكل القانون الذي يحكمه ويحكم آثاره وفقاً لحكم المادة ١/١٩ مدني

(١) La validité des clauses facultatives inscrit par le tireur, le Souscripteur du billet émit par un endosseur doit ...être appréciée conformément à la loi du lieu ou a été signé l'engagement. Elle oblige le preneur que rien ne force à accepter l'offre qui lui est faite. En recevant le titre, il se soumet aux conditions qui y sont stipulées et qui lient également celui auquel il indose.

Cour d'appel de Genes, 17 aout 1811, S, 1813, 2 – P. 23.

(٢)

مصرى. ومودى هذا رأى أن آثار التزامات الساحب يحكمها قانون الإدارة الصريح متى كان ظاهراً فى بيانات الصك طبقاً لمبدأ الكفاية الذاتية. فإن لم يكن هناك اختيار صريح وجب تطبيق قانون محل نشوء الالتزام المصرفى باعتبار ذلك تطبيقاً لمبدأ عام من مبادئ القانون الدولى الخاص. ويُعمل القاضى هذا الحل حملاً على أنه الأكثر ملاءمة وطبيعة الالتزامات المصرفية.

هذا وقد أعملت أحكام القضاء الفرنسى وبصفة خاصة أحكام النقض^(١)

هذا الحل، فكان أن أخضعت التطهير لقانون محل إنشائه^(٢).

ثالثاً: القانون الذى يحكم التطهير على بياض فى القانون المصرى:

التطهير على بياض هو التطهير الذى لا يذكر فيه اسم المظهر إليه (المستفيد) أو الذى يقتصر على توقيع المظهر (المادة ٣٩٢ / ٢ تجارى). وهو ظهر ينقل ملكية الحق الثابت فى الورقة، أى جميع الحقوق الناشئة عن الكمبيالة. (م ٣٩٤ / ١) وهناك من التشريعات ما يفترض أنه للتوكيل كما كان الحال فى القانون المصرى القديم قبل سنة ١٩٩٩^(٣).

والسؤال: ماذا لو حُرزت كمبيالة فى مصر قبل سنة ١٩٩٩ (تاريخ صدور القانون الجديد) وتم تطهيرها فيها تطهيراً ناقصاً (للتوكيل)، ثم ظهرت مرة أخرى على بياض فى دولة مثل إنجلترا يجعل قانونها لمثل هذا التطهير أثراً ناقلاً للملكية؟ هل يعتبر الحامل الذى انتقلت إليه الورقة على أثر التطهير

(١) V. par exemple: Cass. Req 20 Mai 1885. S. 88. 1. 262. Cass. 24 Nov. 1926: Rev dr. into. Pr. 1927. 114. Besancon 5 janv 1910: Rev dr. in: Pl. 1910. 428. Paris 13 avril. 1913: Gaz. Pal. 1913. 2. 152. Trib. Com. Seine. 30 mai 1913. Gaz. Pal. 1913. 2. 380. Trib. Com. Seine 16 Avril 1920: Rev. de. Int pr. 1920. 442. Paris 28 juin 1922: Rev. dr. int. pr. 1922 – 1923, 777. Trib. Com Nantua 15 nov. 1922. Rev. Dr. Int. Pr. 1922. 1923, 489.

(٢) ليسكو وريلو، المرجع السابق، بند ١٠٨٦، أرمنجون، بند ١٧٦، شابير، المرجع السابق، بند ١٢٣ – ١٢٤. لسوارن وبريدان، قانون التجارة الدولية، بند ٤٦٥، وهامش (٧)، ص ٥٥٧، موسوعة القانون الدولى – تحت عنوان Effets de commerce، سابق الإشارة إليه، بند ٦١.

(٣) ويشترط لصحة التطهير فى هذه الحالة الأخيرة أن يكتب على ظهر الكمبيالة أو على الوصلة.

مستفيداً من تطهير كامل ناقل للملكية حتى في مواجهة الملتزمين الذين كانوا قد وقعوا على الورقة في مصر؟.

مثل هذه المسألة طرحت على بساط المناقشة أمام القضاء الفرنسي يوم أن كانت المادة ١٣٨ من قانون التجارة الفرنسي (قبل ٨ فبراير ١٩٢٢) تأخذ بمثل هذا الحكم. وقد اضطرر هذا القضاء على الاعتراف بالأثر الناقل للتطهير على بياض في الخارج متى كان قانون محل نشوء التطهير يعتبره كذلك.

ونعتمد أن القانون الذي يحكم التطهير على بياض في مصر يتحدد على النحو التالي:

١- القانون الذي يحكم صحة التطهير من حيث الشكل هو قانون محل نشوء التطهير مع الأخذ في الحسبان للحكم المتضمن في الفقرة الثانية من نص المادة ٢٨٧ التي تنص على أنه "إذا كان الالتزام غير صحيح شكلاً بموجب القانون المشار إليه في الفقرة الأولى ولكنه صحيح شكلاً وفقاً للقانون المصري فلا يكون لعيبه الشكلي أثر في صحة الإلتزامات اللاحقة التي تنشأ بموجب الكميالة في مصر".

٢- وبخصوص القانون الذي يحكم أثر التطهير فإننا نرى تطبيق قانون دولة محل إجراء التطهير استناداً إلى حكم المادة ٢٤ مدني مصري.

رابعاً: القانون الذي يحكم آثار التطهير الحاصل بعد ميعاد الاستحقاق:

تتباين التشريعات فيما بينها بخصوص التطهير بعد ميعاد الاستحقاق سواء من حيث مفهومه أو من حيث آثاره. فالبعض يعتبر التطهير حاصلًا بعد ميعاد الاستحقاق متى وقع بعد التاريخ المحدد لاستحقاق الورقة التجارية والبعض الآخر يعتبره واقعاً بعد الاستحقاق إذا حصل بعد الاحتجاج أو بعد فوات الميعاد المحدد لإجراء الاحتجاج. ومن حيث الآثار نجد أن قانون جنيف

الموحد والتشريعات التي أخذت عنه^(١) أو التي تأثرت به ترتب على التظهير
الحاصل بعد ميعاد الاستحقاق - أي بعد الاحتجاج أو بعد الميعاد المحدد
للاحتجاج - آثار الحوالة المدنية، بينما نجد أن البعض الآخر، مثل القانون
الإنجليزي يرتب عليه ذات الآثار التي تترتب على التظهير الحاصل قبل ميعاد
الاستحقاق^(٢).

هذا الاختلاف القائم بين التشريعات مدعاة لقيام حالات تنازع بين
القوانين. والسؤال: ما هو القانون الذى يحكم آثار التظهير الحاصل بعد
الميعاد؟

نرى مع غالبية الفقهاء فى فرنسا^(٣) تطبيق قانون محل إجراء التظهير.
فهذا القانون يكون هو المرجع لبيان متى يكون التظهير حاصلًا بعد ميعاد
الاستحقاق، وهل يكفي لقيامه أن يقع بعد الميعاد المحدد للدفع أم يجب وقوعه
بعد ميعاد عمل الاحتجاج؟

(١) وهذا هو الحكم الذى أخذ به قانون جنيف الموحد (م ٢٠) والقوانين التى أخذت عنه
كالمصرى (م ٤٠٠/أ) والفرنسى (م ١٢٣ من قانون التجارى) والسورى (م ٤٣٦ ق
التجارة) والسعودى (م ١/٢٠ من النظام) واللبنانى (م ٣٣٤ فقرة ١، ٢ ق التجارة)
والعراقى (م ٤٣٦ فقرة ١، ٢ ق التجارة). وهذا الحل كان هو المستقر فى مصر حتى
قبل العمل بالقانون الجديد لسنة ١٩٩٩. راجع فى الفقه، الدكتور محسن شفيق، بند
٢١٣، والدكتور مصطفى كمال طه، بند ٨٥. وراجع فى القضاء المصرى، نقض
بتاريخ ١٩٧٥/٤/٢٨، الطعن رقم ٨٣ سنة ٤٠ ق. ق س ٢٦ ص ٨٣٥، حكم مشار
إليه فى قضاء النقض التجارى، الدكتور أحمد حسنى، بند ١٩١. وفى هذا المعنى فى
أحكام القضاء فى التشريعات العربية، تمييز أردنى رقم ٧٢/٢٨ بتاريخ ١١ فبراير
١٩٧٣، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، جزء ١١، ص ٧٦٦، نقض سورى،
قرار رقم ٢٨٧٤ بتاريخ ٣٠ نوفمبر ١٩٦٤، الموسوعة، ص ٧٨٣، والقرار رقم
٢٩٦ بتاريخ ١٢ أبريل ١٩٦٩، مجلة القانون ١٩٦٩، ص ٦٠٥.

(٢) مع ملاحظة أن التظهير الحاصل بعد ميعاد الاستحقاق يجعل الكمبيالة أو السند الإذنى
واجبى الدفع بمجرد الإطلاع. المادة العاشرة من Bill of Exchange Acte.

(٣) أرمنجون وكارى، بند ٤٥٠، كارى ص ١٤٥، Schapira، بند ١٤٨.

كما يُرجع إلى هذا القانون أيضاً لبيان حكم التظهير غير المؤرخ وما إذا كان يفترض أنه وقع قبل ميعاد الاستحقاق أم بعد ذلك^(١). فهذا الحل تقضى به الأحكام العامة التي جاءت بها اتفاقية جنيف والتي بمقتضاها رصدت مذهب تعدد القوانين الواجبة التطبيق بتعدد الالتزامات الواردة على الورقة. ويمكن إعمال هذا الحل في القانون المصري بالاستناد إلى المادة ٢٤ مدني وليس استناداً إلى المادة ١٩ / ١ التي تبدو لنا غير ملائمة في هذا الشأن.

ثانياً: القانون الذي يحكم عملية التحصيل ذاتها:

* ليس ثمة مشكلة في الفرض حيث يختار الأطراف القانون الواجب التطبيق صراحة أو بصورة ضمنية مؤكدة. وفي غير هذه الحالة يكون قانون البنك القائم بالتحصيل هو الواجب الإعمال فيما يتعلق بالعلاقات بين البنك وعميله^(٢). فالأمر يتعلق بوكالة مهنية يقوم بها البنك بوصفها واحدة من المهن أو الوظائف التي يؤديها محترفاً إياها، ومن ثم يكون هذا القانون هو الأكثر تأهيلاً لحكم هذه الوكالة من القانون الذي يحكم التصرف^(٣).

نخلص مما سبق إلى أننا وإن كنا نسلم بتطبيق قانون البنك المؤكل في عملية التحصيل، إلا أنه يبقى مع ذلك مكان لانطباق قانون الدولة التي تكون فيها الورقة التجارية مستحقة الأداء أو واجبة التنفيذ. فإذا كان قانون البنك هو الذي يحكم العلاقات المترتبة على عملية التحصيل بين البنك والعميل، فإن هذا

(١) ويشير بعض الفقه (ليسكو وريبلو، بند ١٠٨٨) إلى أن المسألة المتعلقة بتحديد متى يكون التظهير بعد ميعاد الاستحقاق ليست من آثار التزامات الموقع على الورقة في هذا الفرض وإنما هي مسألة شكل يحكمها قانون محل إجراء التظهير.
(٢) وهذا هو ما أخذت به اتفاقية لاهاي المنعقدة في ١٤ مارس، ١٩٧٨ وأنظر في دراسات متعلقة بهذه الاتفاقية:

Marie – Christine Mestre, la convention de la Haye Du 14 Mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermediaires et à la representation. Thèse (3e cycle) Paris II, 1981; Quenaudon, Recherches sur la representation volontaire dans ses dimensions internes et internationales, thès, Dactyl, Strasbourg, 1979.

(٣) Batiffol et Lagarde، المرجع السابق، فقرة ٦٠٣، ص ٣٢٩، وبهذا الحل يأخذ القضاة ان الألماني والسويسري، هامش ١٦١، من ذات الصفحة.

القانون لا شأن له بالقانون الذى يحكم نشأة الورقة التجارية^(١) ذاتها المراد تحصيلها وكذا آثارها^(٢) على التفصيل الذى أوضحناه.

هذا، وقد قضى بأنه لما كان البنك يلتزم بتقديم النصح لعميله، فإنه يجب عليه أن يحيط عمله بالقيود التى يفرضها قانون الصرف فى الدولة التى تكون فيها الورقة واجبة الوفاء^(٣).

المطلب الثانى التوكيل فى الوفاء

- فى التوكيل فى الوفاء قد يتم توكيل البنك بوفاء ديون عادية ليست ثابتة فى أوراق تجارية، وقد يكون توكيلاً بوفاء دين ثابت فى ورقة تجارية.

والسؤال: ما هو القانون الواجب التطبيق فى هذا النوع من التوكيل أو ذاك؟ للإجابة على ذلك نتصدى لبيان حكم كل حالة على حدة وفى ذلك بيان:

أولاً: توكيل البنك بوفاء ديون عادية:

- فى هذا النوع من التوكيل نكون بصدد ثلاثة أطراف: المُوكَل (وهو العميل المدين)، والبنك (باعتباره موكلاً بالوفاء) والدائن (وهو المستفيد من العملية). وبمقتضى هذه الوكالة يكون ثمة شرط بين البنك والعميل بأن يتم الوفاء بدين معين للدائن (دائن العميل) فى محل البنك أو فى فرع معين. وعندئذ يكون على الدائن (المستفيد) أن يتوجه إلى المكان المعين ويستوفى قيمة الدين (الثابت غالباً فى ورقة عادية وليس ورقة تجارية) من البنك بعد تقديمها إليه.

(١) فى تحديد القانون الذى يحكم نشأة الورقة التجارية، أنظر مؤلفنا فى تنازع القوانين فى الأوراق التجارية، الدار الجامعية ١٩٨٨، ص ٢٧ وما بعدها.

(٢) أنظر فى القانون الذى يحكم تنفيذ الالتزامات المصرفية، مؤلفنا السابق بالإشارة إليه، ص ٢٧١ وما بعدها.

(٣)

وهنا نصادف العلاقات الآتية:

- العلاقة بين الدائن والمدين (العميل)، وهى العلاقة الأصلية التى بسببها يتم الوفاء بالدين. فقد تكون قرضاً أو ثمن بيع أو غير ذلك. وهذه يحكمها القانون الخاص بها. فإن كانت لها الصفة الدولية طُبق نص المادة ١/١٩ مدنى مصر بما تتضمنه من ضوابط أصلية واحتياطية.
 - العلاقة بين المدين (الموكل) والبنك (الوكيل)، وهذه وكالة عادية يحكمها قانون دولة التنفيذ^(١) تطبيقاً للقواعد العامة الخاصة بالقانون الذى يحكم الوكالة، والغالب أن يكون هذا القانون هو قانون دولة البنك الوكيل.
 - العلاقة بين الدائن (المستفيد) والبنك (الوكيل): وهذه يحكمها - بخصوص تنفيذ هذه العملية - قانون دولة البنك.
- ومن هذا يتضح أن قانون المصرف يتسع ليشمل كثيراً من المسائل، منها ما يهم علاقة المدين الموكل بالبنك منفذ الوكالة، ومنها ما يهم علاقة الدائن المستفيد بالبنك الوكيل.

ثانياً: توكيل البنك بوفاء الأوراق التجارية:

- هذه العملية المصرفية التى تتم فى داخل الدولة تتميز بجملة خصائص يمكن أن نورد منها ما من شأنه أن يساعدنا فى تحديد القانون الواجب التطبيق فيما لو اتصفت هذه العملية بالصفة الدولية:
- فقد يحدث أن يضع التاجر الذى يحرر ورقة تجارية شرطاً مفاداً أن يتم دفع هذه الورقة لدى بنك معين، وهو ما يسمى بشرط محل الدفع المختار^(٢). وهذا الشرط فى ذاته لا يرتب على البنك أى التزام.. فالبنك لا

(١) ويذهب الإتجاه الراجح فى القانون المقارن إلى اخضاع الوكالة لقانون دولة التنفيذ. فى التفاصيل وبصفة خاصة فى أحكام القضاء الفرنسى وأحكام القضاء الإنجليزى والأمريكى والسويسرى، لوسوارن وبريدان، المرجع السابق، فقرة ٦٤١ - ٦٤٢ ص ٧١٢ - ٧١٥ والمراجع المشار إليها عندهما.

(٢) وقد أتى على ذكر هذا الشرط نص المادة ٢٨٣ من التقتين التجارى الجديد بقوله " يجوز أن تكون الكمبيالة مستحقة الوفاء فى موطن شخص من الغير سواء فى الجهة التى بها موطن المسحوب عليه أو فى أية جهة أخرى".

يلتزم بالوفاء بالكميالية إلا إذا كان ثمة اتفاق على ذلك بين البنك والعميل (المدين) وكان لدى البنك رصيد يسمح بذلك. فقد يُدوّن البنك بوفاء الورقة لا يعنى أنه ملزم بإقراض العميل. كما لا يكون للمستفيد من الورقة بمقتضى هذا الشرط أى حق فى مواجهة البنك^(١).

- جرى العمل على تدوين " شرط" محل الدفع المختار فى الصك بما مفاده وفاء الورقة فى محل البنك بحيث يتعين على المستفيد الحامل أن يتوجه إلى هذا المكان ليستوفى قيمة الورقة.

واختيار البنك كمحل مختار الأصيل فيه أنه اختياري. إلا أنه يكون إجبارياً فى عمليات تحويل النقد الأجنبى حيث يتم تعيين بنك معتمد من الحكومة. ويتم ذلك عادة فى تجارة الاستيراد والتصدير.

- من ذلك يظهر مايلى: أنه يتعين أن يقع الاتفاق على هذا الأمر بين جميع أطراف العمليات المتداخلة: الساحب والمسحوب عليه والبنك. فالبنك محل مختار للوفاء بالورقة، والمدين (المسحوب عليه) يُوكّل البنك (الذى به حسابه) فى الوفاء بالورقة توكيلاً صريحاً.

- وهكذا بدلاً من أن يتوجه حامل الورقة طالباً وفاءها فى موطن المدين يكون عليه أن يتوجه إلى البنك إذ هو رضى بذلك عندما رضى بتلقى الورقة المتضمنة لهذا الشرط. فإن لم يرد الشرط فى الورقة فلا التزام على الحامل ولو كان ثمة اتفاق على ذلك بين المدين والبنك، ذلك أن الحامل غريب عن هذه العملية، كما لا يكون للحامل أن يطالب البنك متى جاءت الورقة خالية من الشرط حتى ولو كان يعلم فعلاً أن هناك اتفاقاً على ذلك بين المدين والبنك^(٢).

- قبول البنك بأن يتم الوفاء بقيمة الورقة التجارية لديه هو مما يدخل فى خدمة الخزينة التى يعد بها البنك عملاءه بصورة ضمنية عندما يفتح

(١) الدكتور على جمال الدين عوض، فقرة ٩٥٧، ص ٩٦٨.

(٢) فى التفاصيل، الدكتور على جمال الدين عوض، المرجع السابق، فقرة ٩٥٩.

الحساب للعميل. وقبول البنك أداء هذه المهمة لا يُحمّله أية مسئولية أمام الغير، كما أن الوفاء لا يحصل منه وإنما يحصل لديه، أى فى مكانه دون أن يكون ملزماً به. إنه مجرد وكيل لا يدفع قيمة الورقة إلا إذا كان قد تلقى مقابل وفاتها من العميل المدين أو من يعمل لحساب العميل.

إذا تقدم الحامل (الدائن) بالورقة فى منافذ البنك ليستوفى قيمة الورقة وتعذر وفاؤها فإنه يتعين تحرير الاحتجاج لدى البنك وليس لدى المسحوب عليه (إن كانت الورقة كميالية)^(١).

لا يلتزم البنك بالوفاء إلا إذا كان هناك اتفاق صريح بينه وبين العميل المدين وأن يجد البنك لديه رصيداً يوفى منه قيمة الدين الثابت فى الورقة وإلا فلا التزام على البنك، ويعتبر البنك عندئذ وكيلاً عن عميله المدين لا يدفع إلا إذا تحقق من سلامة الورقة وتوافر شروط الوفاء بها^(٢).

والسؤال: ما هو القانون الذى يحكم هذه العملية؟

للإجابة على ذلك علينا أن نحيط بمختلف العلاقات التى يمكن أن تقوم فى هذه الحالة:

(١) العلاقة بين الدائن (المستفيد) والعميل المدين السابقة على نشأة الورقة التى بالاستناد إليها تم تحريرها، كميالية كانت أم سنداً أذنياً. هذه العلاقة يحكمها القانون الخاص بها، فإن كانت ذات طبيعة دولية خضعت لحكم المادة ١/١٩ مدنى بما تتضمنه من ضوابط أصلية وضوابط احتياطية.

(٢) العلاقة بين العميل والمصرف: هذه العلاقة يحكمها من حيث المبدأ قانون المصرف بالإستناد إلى قواعد الصرف، بالنظر إلى أن أداءه يعد هو المميز فى العملية الموكول بها إليه. فهو الذى يقوم بالوفاء غالباً إذا توافرت الشروط التى ذكرناها، وهو الذى تثور فى الدولة التى يوجد بها المنازعات المتعلقة بعملية الوفاء.

(١) الدكتور على جمال الدين عوض، فقرة ٩٦١.

(٢) الدكتور على جمال الدين عوض، فقرة ٩٦١.

وفوق ذلك فإن تطبيق قانون البنك ليحكم عملية التوكيل فى الوفاء يزكبه وجه الشبه بين هذه العملية وعملية الوفاء بالواسطة: فالتوكيل بالوفاء قريب فى وظيفته وطبيعته من الوفاء بالواسطة وهو وفاء (الوفاء بطريق التدخل) يحكمه فى رأينا قانون محل الوفاء لارتباط الوفاء بتنفيذ الالتزام^(١)، وعلى ذلك فإن التقارب بين المركزين يقتضى أعمال حل واحد مؤداه إخضاع التوكيل بالوفاء لقانون البنك بوصفه قانون محل الوفاء.

هذا، وتفرض كثير من التشريعات - كالمصرى والفرنسى واللبنانى والسعودى والسورى والعراقى^(٢) - على الحامل قبل أن يباشر إجراءات الرجوع، أن يثبت امتناع المدين الأصلى عن القبول أو عن الوفاء عن طريق اتخاذ إجراء معين قد يُسمى البروتستو أو الاحتجاج. من ذلك ما تنص عليه المادة ٤٣٩ تجارى جديد بقولها: "١- يكون إثبات الامتناع عن قبول الكمبيالة أو عن وفائها باحتجاج عدم القبول أو احتجاج عدم الوفاء. ٢- يجب عمل احتجاج عدم القبول فى المواعيد المحددة لتقديم الكمبيالة للقبول، فإذا وقع التقديم الأول للقبول وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٤١٢ من هذا القانون فى اليوم الأخير من الميعاد المحدد للتقديم، جاز عمل الاحتجاج فى اليوم التالى. ٣- يجب عمل

(١) مولفنا فى تنازع القوانين فى الأوراق التجارية، المرجع السابق، فقرة ٢١٧ مكرراً، ص ٣٢٥ - ٣٢٦. عكس ذلك الدكتور محسن شفيق، القانون التجارى المصرى، الأوراق التجارية، الطبعة الأولى، فقرة ١٢٣٩.

(٢) فى القانون اللبنانى، يجب أن يثبت الامتناع عن القبول أو عن الإيفاء بوثيقة رسمية هى الاحتجاج لعدم القبول أو لعدم الإيفاء (م ٣٦٦ تجارى)، وبالنسبة للشيك، يثبت امتناع المسحوب عليه من الوفاء بوثيقة احتجاج، أو بتصريح من المسحوب عليه مؤرخ ومكتوب على الشيك ومبين فيه يوم التقديم (م ٤٣٦ تجارى). وفى القانون السورى الإجراء لازم أيضاً للقبول والوفاء (م ٤١٨ تجارى) والحال كذلك فى القانون السعودى سواء بالنسبة للقبول (م ١/٩٥). أو بالنسبة للوفاء (م ٥٤). أما بالنسبة للشيك فإنه يمكن إثبات امتناع المسحوب عليه عن الوفاء وفقاً للمادة ١٠٨ من النظام بأحد طرق ثلاثة: تنظيم احتجاج رسمى، أو ببيان صادر عن المسحوب عليه مؤرخ ومكتوب على الشيك نفسه يفيد عدم الأداء مع ذكر تاريخ التقديم، أو ببيان صادر من غرفة المقاصة يذكر فيه أن الشيك قدم الوقت المحدد ولم تدفع قيمته. ويبدو لنا أن هذه الأدلة ليست على سبيل الحصر.

احتجاج عدم الوفاء عن الكمبيالة المستحقة الوفاء فى يوم معين أو بعد مدة معينة من تاريخ إصدارها أو من تاريخ الإطلاع عليها خلال أيام العمل الأربعة التالية ليوم الاستحقاق. وإذا كانت الكمبيالة مستحقة الوفاء لدى الإطلاع وجب عمل احتجاج عدم الوفاء وفقاً للشروط المبينة بالفقرة السابقة بشأن احتجاج عدم القبول. ٤- يغنى احتجاج عدم القبول عن تقديم الكمبيالة للوفاء وعن عمل احتجاج عدم الوفاء. ٥- فى حالة توقف المسحوب عليه عن الدفع، سواء كان قابلاً للكمبيالة أو غير قابل، أو توقيع حجز غير مجدٍ على أمواله، لا يجوز لحامل الكمبيالة الرجوع على الضامنين إلا بعد تقديم الكمبيالة للمسحوب عليه لوفائها وبعد عمل احتجاج عدم الوفاء". ونرى أن هذا الإجراء يجب إتخاذه ليس فى موطن المدين وإنما لدى البنك الذى سيتم الوفاء لديه. وعلى النقيض من ذلك، هناك البعض الآخر من التشريعات لا تتطلب هذا الإجراء. فالتشريع الإنجليزى لا يتطلبه بالنسبة للكمبيالة الداخلية Inland bills، أى تلك المسحوبة والمستحقة الوفاء فى إنجلترا^(١).

والسؤال: ماذا لو أن كمبيالة قد سُحبت فى إنجلترا وكانت مستحقة الوفاء فيها، ثم ظهرت فى دولة أخرى لا يتطلب قانونها عمل البروتستو (الإعترض) سواء تعلق الأمر بكمبيالة داخلية أو خارجية (كما كان الحال فى القانون المصرى قبل الميعاد بالقانون الجديد سنة ١٩٩٩)، وأراد حامل الورقة الرجوع على هذا المظهر - فهل يلتزم بإجراء البروتستو وفقاً لأحكام القانون الإنجليزى؟

الواقع أن هذه المسألة بوصفها شرطاً للرجوع من المسائل التى أثارها الخلاف بين الفقهاء.

فأنصار مذهب التعدد يرون أن إجراء البروتستو ليس مجرد وسيلة لإثبات الامتناع عن الوفاء أو عن القبول من قبل المدين الأصلي فى الورقة وإنما هو شرط لازم لرجوع الحامل على سائر الموقعين الضامنين فى الورقة.

(١) المادة ٥١ فقرة ١، ٢ من قانون الصرف "Bill of exchange Act".

بعبارة أخرى، يتعلق الأمر بشأنها بمدى التزام كل موقع على الورقة، وهو التزام يسرى في شأنه القانون الذي يحكم التزام كل موقع عليها وفقاً للمادة ١٩ مدنى مصرى. وبذلك يكون عمل البروتستو لازماً أم غير لازم تبعاً لما يقضى به هذا القانون^(١).

والرأى عندى أن هذا الحل الذى يُسخر مبدأ التعدد بما له من نتائج خطيرة يصعب قبوله من الوجهة العملية.

خذ مثلاً على ذلك كميالية مستحقة الوفاء فى انجلترا ولم يجر الحامل البروتستو طبقاً لأحكام القانون الإنجليزى الذى لا يتطلب ذلك. فإذا كان هناك ملتزمون متعددون فى الورقة تخضع التزاماتهم الصرفية لعدة قوانين مختلفة فإن كل ملتزم (فى الورقة) لن يكون محلاً للرجوع عليه طالما أن القانون الذى يحكم التزامه لا يستوجب اتخاذ هذا الإجراء كشرط أولى لازم للرجوع عليه. فإذا افترضنا وقوع الوفاء من ضامن يخضع التزامه لقانون دولة لا تستوجب إجراء البروتستو، فإن هذا الموفى سيجد نفسه محروماً من حق الرجوع ضد الملتزمين السابقين عليه، لأن القانون الذى يحكم التزام كل منهم يتطلب ضرورة عمل البروتستو قبل الرجوع عليه... وهكذا^(٢). هذه النتيجة الخطيرة

(١) أنظر فى مصر، الدكتور محسن شفيق، بند ١٢٤٥، الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٨٤٦، وفى الفقه العربى، الدكتور إدوار عويد، بند ٤٨، ص ١٠٥، الدكتور رزق الله أنطاكى، بند ٤١٣، ص ٤٩٥. وفى فرنسا يذهب البعض - والذى على نهجه يسير الفقه العربى فى مصر وغيرها - إلى أن الأمر يخضع للقانون الذى يحكم الالتزام المصرفى لكل موقع على الورقة، أى قانون محل نشوء الالتزام وهو قانون الدولة التى وقع فيها الملتزم على الورقة طبقاً لنص المادة ٢/٤ من اتفاقية جنيف لسنة ١٩٣٠. راجع فى هذا ليسكو وروبلو، بند ١١٠٨ ص ٦١١، والمرجع المشار إليها فى هامش (٥).

(٢) راجع الأستاذ Carry حيث يضرب المثال التالى:

Si. Par exemple un effet payable en Angleterre n'est pas à protester, contrairement à l'usage anglais, tous la garants demociociliés en France, en Allemagne, en Suisse, seront liberaes, puisque d'apres la legislation de ces pays le protet est une condition de l'acion de recours. Tel garant qui, d'aprers sa legislation, pourra etre recherché meme en l'absence de tout protet se verra=

لا يمكن تفاديها بحال متى تم الإنصياح لمذهب التعدد وذلك باعتراف أنصار هذا المذهب أنفسهم^(١).

والرأى الأولى بالاتباع فى تقديرنا هو ذلك الذى يرى - إعمالاً لمذهب الوحدة - إخضاع هذه المسألة لقانون محل إبرام التصرف، تطبيقاً لقاعدة أن الشكل يحكمه قانون محل الإبرام Lex Loci actus. فالإجراء الخاص بعمل البروتستو إن هو إلا إجراء شكلى Une formalité لازم يثبت بمقتضاه - بطريقة مؤكدة وفى مواجهة الكافة - امتناع المدين الأسمى عن القبول أو عن الوفاء. ولما كانت مسألة لزوم الإجراء من عدمه كشرط لقيام تصرف معين تندرج على ما هو راجح فى الفقهاء المصرى^(٢) والفرنسى^(٣) فى إطار الشكلية اللازمة لمباشرة التصرف Precedure de confection، فإن الاختصاص ينعقد بشأنها لقانون محل إجرائه، الذى هو قانون المحل الذى رفض فيه الوفاء أو القبول، الذى هو دوماً قانون محل الوفاء بالورقة^(٤).

=privé de son droit de recours contre un garant antérieur parce que la loi applicable à ce dernier fait du protêt la condition de l'action de recours.

- (١) Carry، المرجع السابق، بند ١١٩، ليسكو وروبلو، بند ١١٠٨، ص ٦١٢، وروبلو، الأوراق التجارية، بند ٦٨٨، ص ٥٩٢، وراجع هامش (٢) من ذات الصفحة.
- (٢) الدكتور منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ١٧٩، الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٣٨٥، وقارن مع ذلك، الدكتور عز الدين عبد الله، ص ٤٩٨ وما بعدها. وقرأ ما يقوله من تفسير لحكم المادة ٢٠ مدنى مصرى على ضوء ما جاء بالمذكرة الإيضاحية الدكتور محمد كمال فهمى، بند ٤٤٢، ص ٥٩٤، وما بعدها، وأنظر هامش (٢)، ص ٥٩٥.
- (٣) باتيفول ولجار، بند ٦٠٠، تنازع القوانين فى العقود، بند ٤٣٢، ليربوجونير - ولوسوارن، القانون الدولى الخاص، دالوز، الطبعة الثامنة، بند ٣٤٨ و ٣٤٩، ص ٤٠٥ وما بعدها، لوسوارن وبوريل، القانون الدولى الخاص، سابق الإشارة إليه، بند ٣٧٠ وما بعده، ص ٤٧٣ وما بعدها.
- (٤) من هذا الرأى، لوسوارن وبريدان، قانون التجارة الدولية، بند ٤٨٠، ص ٥٦٦، موسوعة القانون الدولى Effets de commerce، بند ٨٢، ٨٣، ليون كان ورينو، بند ٦٥٥، Schapira، بند ١٨٦. وقد أخذت بهذا الحل المادة ٣/٧٢ من القانون =

Lex Loci solutions. الذى هو قانون البنك الذى يتم الوفاء لديه. هذا القانون الذى يُحدّد لنا ما إذا كان إجراء البروتستو لازماً كشرط للرجوع على الملتزمين فى الورقة أم لا- هو بذاته الذى يتحدّد بمقتضاه مدى إمكانية إدراج شرط الإعفاء الإتفاقي من تحرير البروتستو بمقتضى ما يسمى بشرط "الرجوع بلا مصاريف" Clause de retour sans frais أم أن ذلك غير ممكن^(١).

والشكل الذى يجب إفراغ الاحتجاج أو البروتستوفيه، والمواعيد التى يتعين أن يتم فيها ذلك^(٢) مسائل تخضع لنص المادة ٢٢ مدنى التى تنص على أنه "يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل المتعلقة بالإجراءات قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات"^(٣). والغالب أن يكون هذا للقانون هو قانون محل الوفاء. وفى ذلك تتحقق وحدة نموذجية فى القانون الواجب التطبيق بشأن جملة من المسائل المترابطة فيما بينها ارتباطاً وثيقاً، وهو ما من شأنه أن يحفظ للصك وحدته ويبقى على خصوصية الالتزامات المصرفية. والحال كذلك، فإن هذا القانون هو الذى يتحدّد بمقتضاه الطريقة التى يتم بها إثبات تقاعس المدين الأصلي عن الوفاء أو القبول، والأشخاص الذين

=الإنجليزى، وله تطبيقات عديدة فى القضاء الأمريكى، راجع فى ذلك، ليسكو وروبلو، المرجع السابق، بند ١١٠٨، ص ٦١١، هامش (٣) من ذات الصفحة.

(١) من هذا الرأى، Chermaly، ص ٤٦٨. وأنظر مع ذلك، ليسكو وروبلو، بند ١١٠٩، ولوسوارن وبريدان، قانون التجارة الدولية، بند ٤٨٠، موسوعة القانون الدولى، (الأوراق التجارية)، بند ٨٣، Schapira، بند ٨٧. حيث يميز هؤلاء الفقهاء بين أمرين: صحة شروط هذه الاتفاقات، وهذه تخضع لقانون الإرادة (وهو قانون يختلف بحسب آراء هؤلاء الفقهاء) وأثار هذه الاشتراطات، وتلك تحكمها - وفقاً للمادة ٢/٤ من اتفاقية جنيف - القوانين التى تحكم أثار كل تصرف على حده.

(٢) وبذهب الفقه الفرنسى بإجماعه على أن تلك مسألة تحكمها المادة ٨ من كل من معاهدتى جنيف التى تقضى بتطبيق "قانون الدولة التى يجب عمل البروتستو أو عمل الإجراء فى إقليمها" بشأن كل ما يتعلق بشكل البروتستو ومواعيد عمله وشكل الإجراءات الأخرى اللازمة لاستعمال الحقوق أو المحافظة عليها.

(٣) ويمثل حكم المادة ٢٢ مدنى مصرى يأخذ المشرع العراقى (م ٢٨ مدنى) والسورى (م ٢٣ مدنى)، ويجرى العمل بحكمها فى القانون اللبنانى. راجع فى التفاصيل، مؤلفنا فى الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، ١٩٨٦، بند ١٥٩ وما بعده، ص ٢٢٢ وما بعدها.

نهم حق إجراء البروتستو وشكله والبيانات اللازمة فيه وطريقة عمله والجهة المختصة بتحريره وميعاده وكيفية إعلانه.

تعيين البنك كمحل مختار بصورة جبرية:

ثمة صورة خاصة يفرض فيها القانون أن يكون البنك محلاً لوفاء الكمبيالة. ويحدث ذلك بصفة خاصة في التجارة الخارجية حيث يعتبر البنك وسيطاً معتمداً إجبارياً مفروضاً بحكم قوانين النقد. في هذه الصورة يبدو تطبيق قانون المصرف - في إطار العلاقة بينه وبين العمل - لازماً تفرضه بالدرجة الأولى القواعد حتمية أو ضرورية التطبيق التي تنظم بصورة مفروضة هذا النوع من العمليات.

يبقى أن أعمال قانون البنك تحتمه اعتبارات أخرى متعددة منها حماية العميل ذاته^(١).

المبحث الثاني

طلب تقديم معلومات من البنك

معلوم أن البنك كثيراً ما يحصل على معلومات، بحكم وظيفته، عن العملاء والسوق من مصادر متعددة، سواء من واقع حسابات عملائه أم من المعلومات التي يقدمها له الغير أو البنوك الأخرى. هذه المعلومات قد تكون على جانب كبير من الأهمية إذا ما طلب أحد العملاء أو شخص من الغير تقديمها إليه. فقد يكون هناك تاجر أجنبي يصدد التعاقد مع شخص مصري على توريد بضاعة إليه فيلجأ الأجنبي إلى بنك التاجر المصري الذي يتعامل معه يسأله أن يحيط بمركز هذا الشخص وسلوكه^(٢). وبشأن هذه العملية المصرفية نورد جملة الملاحظات التالية:

(١) انظر في التطبيقات القضائية التي تكشف عن تشدد القضاء تجاه العميل وضرورة المبادرة بإخطاره إن تعذر عليه تنفيذ الوكالة بسبب تعليمات النقد، الدكتور على جمال الدين، الطبعة الثالثة، فقرة ٩٦٨.

(٢) بشأن التفاصيل المتعلقة بهذا العقد في القانون الداخلي، الدكتور على جمال الدين عوض، عمليات البنوك ١٩٨٩، المرجع السابق، فقرة ٨٤٦ وما بعدها، ص ١٠٠٧ وما بعدها، الدكتور عبد الفضيل محمد أحمد، القانون التجاري، ١٩٩١، المرجع السابق، فقرة ٤١٤ ص ٣٥٢ وما بعدها.

أولاً: الأصل أنه ليس من عمل البنك أن يعطى معلومات. وإن تعهد بأن يقدم معلومات فالفرض أنه يتعهد بالإدلاء بما يعرفه مما يصل إلى علمه بحكم نشاطه الأصلي.

ثانياً: للتوفيق بين إمكانية تقديم هذه الخدمة والالتزام الواقع على عاتق البنك بالمحافظة على أسرار عملائه المصرفية - وهى قواعد ذات تطبيق مباشر وضرورى فى مصر نزولاً على حكم القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ - لا يكون للبنك أن يقدم معلومات للغير متعلقة بأحد العملاء إلا إذا لم يكن فى تقديمها افتتنتات على هذه القواعد الضرورية التطبيق.

ثالثاً: يصرح الفقه والقضاء الفرنسى: أن ثمة عادة مستقرة لدى غالبية البلدان على قيام البنوك فيها بتقديم المعلومات الى تستجمعها لديها لحاجتها إليها فى اختيار عملائها ومتابعة أحوالهم مع إمكانية تقديم هذه المعلومات للبنوك الأخرى أو للغير الذى يطلبها^(١).

رابعاً: يسأل البنك مسئولية تقصيرية فى مواجهة الغير الذى لا تربطه به علاقة تعاقدية موضوعها تعهد البنك بأعضاء معلومات معينة. "ويعتبر فى معنى الغير كل شخص ليس عميلاً للبنك أعتد على معلومات أذاعها البنك عن شخص معين أو عميل البنك الذى لم يطلب المعلومات ولكنه اعتمد على معلومات صادرة من البنك بمناسبة عميل آخر" أو كان كل ما فعله الغير أن سأل أحد موظفى البنك عن مركز أحد العملاء فأعطاه الموظف معلومات كاذبة ... عن مركز العميل هذا، أو كان قد تلقى المعلومات عن طريق بنك وسيط حصل عليها من البنك الذى أصدرها.

كما يقوم بين البنك والغير علاقة عقدية فى كل مرة يتم بينهما فيها اتفاق على أن يقدم البنك لهذا الشخص معلومات معينة، سواء كان هذا المتعاقد عميلاً

(١) الدكتور على جمال الدين، الطبعة الثالثة ٢٠٠٠، فقرة ١٠٥٩ ص ١٠٦٥ والحاشية رقم (١).

للبنك أو شخصاً لا تربطه به رابطة سابقة^(١).

القانون الذى يحكم هذه العملية:

نُفرق فى هذا الشأن بين فرضيين:

١ - تقديم البنك للمعلومات بناء على اتفاق مع الغير (عميلاً كان أم لا):

الأصل أن يخضع التزام البنك بتقديم المعلومات الناشئ عن علاقة عقدية لقانون الإرادة الصريحة أو الضمنية. فإن لم يكن هناك اتفاق وجب أعمال قانون البنك. فالبنك يبدو عندئذ بوصفه صاحب الأداء المميز^(٢). فوق ذلك، فإنه لما كان هذا العقد قد يمس فى العمق التزاماً جوهرياً يقع على عاتق البنك وهو الالتزام بالمحافظة على سرية حسابات العملاء، فإن القواعد ذات التطبيق الضرورى تحد من نطاقه الحرية العقدية فى هذه الحالة. ولعله من هذا المنطلق يكون قانون البنك هو القانون الأكثر تأهيلاً لتنظيم هذا العقد.

ينضاف إلى هذا اعتبار ذو طبيعة اقتصادية متصل بالسياسة العامة للائتمان فى الدولة التى يوجد بها البنك الذى يقدم هذه الخدمة: الدولة التى تفرض قيوداً صارمة على سرية العمليات المصرفية وتفرض لذلك حماية جنائية (كما هو الحال فى القانون المصرى) إنما تقصد فى هذه الحالة إلى تحقيق أهداف مالية واقتصادية تتمثل فى العمق فى تشجيع الأفراد من مختلف الدول على الانجذاب إلى نظامها المصرفى والتعامل معه بما لذلك من انعكاسات على تنمية الوضع الاقتصادى فى داخل الدولة وارتباط زيادة الودائع القادمة بالتوسعة فى العمليات الائتمانية الأخرى. والمشرع الذى يفعل ذلك إنما يرمى إلى جعل القدر الذى يمكن تسريبه من المعلومات من جانب البنوك محدوداً أو محصوراً بما يستوجب فى هذه الحالة تطبيق قانون البنك.

(١) الدكتور على جمال الدين، الطبعة الثالثة، فقرة ١٠٦٩.

(٢) Stoufflet، البنك وعمليات البنوك، J. cl. Banque et credit، Fasc. 120، المرجع السابق، فقرة ١٤٤.

ومتى سلمنا بخضوع هذا الالتزام لقانون الإرادة وإلا فللقانون البنك، فإن هذا القانون أو ذاك هو الذى يُرجع إليه لتحديد مدى التزام البنك الناشئ عن هذا العقد ونطاقه، ومسئولية البنك فى مواجهة العميل، وبيان ما إذا كانت البيانات المقدمة كافية أم لا، دقيقة أم مغلوطة. وبالمثل فإن القانون الواجب التطبيق هو الذى يحكم الآثار المترتبة على عدم التنفيذ وحكم الشرط الجزائى الذى اتفق عليه الطرفان^(١)، وأهمية الإعداء والأحكام التى تنظم التعويض القانونى، أى الفوائد.

كما أن هذا القانون هو الذى بمقتضاه نعرف حدود مسؤولية البنك وشروط الإعفاء من المسؤولية ومتى يعتبر البنك مخطئاً وما إذا كان التزامه التزاماً بتحقيق نتيجة أم ببذل عناية:

٢. المسؤولية التقصيرية للبنك:

قد تكون مسؤولية البنك الناتجة عما يقدمه من معلومات مسئولية تقصيرية لا عقدية^(٢). فما هو القانون الذى يحكم هذه المسؤولية؟

لا شك أن أعمال القواعد العامة فى نطاق تنازع القوانين فى خصوص المسؤولية التقصيرية تُفضى إلى الاعتراف بتطبيق قانون محل وقوع الفعل الضار. وبالتحليل نجد أن هذا القانون هو بذاته قانون الدولة التى يوجد بها مقر البنك. إذ فى هذا المكان وقع الخطأ وتحقق الضرر. هذا الحكم إن هو إلا تطبيق لنص المادة ٢١ مدنى مصرى التى تُخضع الالتزامات غير التعاقدية لقانون "البلد الذى وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام". والاعتراف بالقانون المحلى يرتكز على ما ارتآه الشارع المصرى من أنه فى هذه الدولة قد تركزت عناصر المسؤولية التقصيرية.

(١) استئناف باريس ٢٢ ديسمبر ١٩٨٣ - دالوز ١٩٨٤ (معلومات سريعة) ص ١٩١.
(٢) راجع فى تفاصيل ذلك، الدكتور على جمال الدين عوض، المرجع السابق، بند ٨٥٣، وما بعده، ص ١٠١٠ وما بعدها.

لكن هل يتغير الحل فيما لو أرسل البنك المعلومات الخاطئة أو غير الدقيقة – والتي ألحقت بالغير ضرراً – إلى الخارج حيث يكون هذا الغير مقيماً أو متوطناً، كأن يرسل البنك هذه المعلومات إلى مراسل له أجنبي؟
Correspondant étranger.

واضح في هذه الحالة أننا إزاء فرض تتفرق فيه عناصر المسؤولية بين أكثر من دولة: الخطأ يقع في دولة والضرر يقع في أخرى. فأى قانون يمكن القول بأنه هو قانون مكان وقوع الفعل الضار ويكون من ثم واجب التطبيق؟.

بداية تقرر أن نص المادة ٢١ مدنى مصرى لا يسعف بذاته لترجيح قانون دولة معينة. فالمشرع المصرى لم يتصد لحكم لهذا الفرض. ودليل ذلك أنه يعتد – فى هذا المقام – بقانون "البلد" ^(١) الذى وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام. ومعروف أن الالتزام لا ينشأ إلا بتوافر كل من الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما ^(٢). ولهذا السبب نجد أن اختلافاً كبيراً قد وقع بين الفقهاء المصريين بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق فى مثل هذه الحالة، بين مؤيد لإعمال قانون محل وقوع الخطأ ^(٣) ومرجح لقانون تحقق الضرر ^(٤) ومُحبذ

(١) وتعبر "البلد" الذى يستخدمه المشرع هنا ليس بدقيق. ويجب استبداله بمصطلح "الدولة". فعادة ما يجرى المشرع على استخدام مصطلح بلد قاصداً به الدولة، كاملة السيادة أو ناقصتها أو مجرد الإقليم ذى الكيان الخاص وإن انتفت عنه الشخصية القانونية المستقلة. وهذه الفروض الأخيرة يتكلم الفقه المصرى بشأنها عن عدم وجود حالات تنازع بين القوانين مع ما لنا من تحفظات عن إطلاق هذا الكلام.
اقرأ نص المادة ٤/ ثالثاً من قانون الجنسية رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ الذى ينص على أنه "يجوز بقرار من وزير الداخلية منح الجنسية المصرية لكل من ولد فى مصر لأب أجنبى ولد أيضاً فيها إذا كان هذا الأجنبى ينتمى لغالبية السكان فى بلد لغته العربية أو دينه الإسلام، متى طلب التجنس خلال سنة من بلوغه سن الرشد" وراجع فى أهمية تعبير "البلد" فى هذه الحالة كتابنا فى أحكام الجنسية المصرية، دار الجامعة الجديدة للنشر – الإسكندرية ١٩٩٣ ص ١٠٢ وما بعدها.

(٢) أستاذنا الدكتور فؤاد رياض بالاشتراك مع الدكتورة سامية راشد، الوسيط، ١٩٩٢ فقرة ٢٧٩ ص ٣٥٦.

(٣) الدكتور عز الدين عبد الله، الجزء الثانى – الطبعة التاسعة ١٩٨٦، فقرة ١٤١، ص ٥١٨ – ٥١٩، الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولى الخاص – مركز =

لفكرة إعطاء الخيار لمن أصابه الضرر ليختار بين قانون محل وقوع الخطأ وقانون مكان تحقق الضرر^(١).

والرأى عندي أنه يجب التنقيب عن حل من شأنه أن يحقق مرونة في الإسناد. هذه المرونة لا تتأتى إلا بتطبيق قانون محل وقوع الخطأ في بعض الفروض وتطبيق قانون محل تحقق الضرر في فروض أخرى. ذلك أنه إذا كان صحيحاً أن هناك تطوراً قد لحق أحكام المسؤولية التقصيرية ينحو إلى التركيز على تعويض المضرور عما أصابه من ضرر ويقطع النظر عن الخطأ المقتَرف، إلا أن أحداً لا ينكر أن عنصر الخطأ لم يزال هو أساس المسؤولية التقصيرية في حالات عديدة. فوق ذلك، فإن القضاء، وهو بصدد تحديده لمقدار التعويض للمضرور، لا يُعَوَّل وحسب على ما يصيبه من ضرر، وإنما يأخذ في الحسبان مدى خطورة الخطأ الذي وقع من مرتكبه. ثم إن هناك حالات عدة يصعب فيها تركيز العلاقة في المكان الذي وقع فيه الضرر "فالقذف أو التشهير بالغير في الصحف أو عن طريق الإذاعة قد يترتب عليه أضرار تتعدد بتعدد الأماكن التي يتم فيها توزيع الصحيفة أو سماع الإذاعة مما يثير صعوبات ملحوظة بالنسبة لكيفية تركيز مكان حدوث الضرر. بل وإنه إذا كان تحديد

=الأجانب وتنازع القوانين، ١٩٩٢، المرجع السابق، ص ٩٠، الدكتور ماهر إبراهيم السداوي، القانون الدولي الخاص - الجزء الأول في تنازع القوانين، ١٩٧٩، فقرة ٣٥٣ ص ٣٩٨، وأنظر في فرنسا Bartin الجزء الثاني، فقرة ٣٣٨.

(١) الدكتور فواد رياض بالاشتراك مع الدكتورة سامية راشد، المرجع السابق، فقرة ٢٧٩ ص ٣٥٦، الدكتور منصور مصطفى منصور، تنازع القوانين، ١٩٥٦ - ١٩٥٧، فقرة ٨٠.

(٢) الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٧٤١.

ص ٣٢٨، الدكتور محمد كمال فهمي، المرجع السابق، فقرة ٤٢٨، الدكتور بدر الدين عبد المنعم شوقي، العمل غير المشروع وأثره بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص المصري، ١٩٨٨ ص ١٨٥، الدكتور أحمد محمد الهواري، القانون الدولي الخاص - الكتاب الثاني - تنازع القوانين (غير مذكور فيه سنة الطبع) ص ٢٥٨.

المكان الذى وقع فيه الضرر المادى يبدو أمراً يسيراً، فإنه من العسير – على العكس – تركيز العلاقات فى الأحوال التى يكون فيها الضرر أدبياً" (١).

من هذا المنظور المرن لا نتصور أن يعول القاضى بصفة مطلقة على أى من عنصرى المسؤولية: الخطأ أو الضرر. على أنه ليس من مقتضى ما نقول به إعطاء الخيرة للمضرور ليختار القانون الذى يسمح له بالحصول على التعويض الجابر للضرر الذى لحقه وبالشروط الأكثر ملاءمة لصالحه (سواء أكان هذا القانون هو قانون محل وقوع الخطأ أم مكان حدوث الضرر). أبداً، إن من مقتضى ما نقول ترك الأمر للقاضى للبحث عن عنصر التركيز أو مركز الثقل فى الالتزام الناشئ عن العمل غير المشروع. ويقام القاضى المصرى بهذه المهمة يفتح أمامه الباب للاستعانة بالاتجاهات الحديثة القائلة بتطبيق قانون الوسط الاجتماعى أو البيئة الاجتماعية أو القانون الأكثر ملاءمة لحكم العلاقة. وما نقول به – ههنا – ليس فيه ابتداع. فالمرجع المصرى حينما لم يتصد فى المادة ٢١ مدنى لحكم هذه الحالة فإنما أراد بذلك أن يفتح باب الاجتهاد أمام الفقه والقضاء دون أن يقيدهما بحل إيماناً منه أن عنصر التركيز قد يكون تارة فى جانب الخطأ، وأخرى فى جانب محل وقوع الضرر. والمجتهد – حين يجتهد – لا يأتى اجتهاده منبث الصلة عن النظرية العامة فى التنازع. فالفكرة التى ينطلق منها المشرع – أى مشرع – عند تحديده لضوابط الإسناد أن يربط بين العلاقة وبين أكثر النظم القانونية اتصالاً بها. وهو أمر لا يتم إلا بالوقوف على "العنصر الذى يشكل مركز الثقل فى العلاقة القانونية ليستمد منه المعيار الذى يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتصلة بعناصر العلاقة المختلفة". وهكذا إذا "تبين مثلاً أن عنصر الأطراف هو مركز الثقل فى العلاقة القانونية، كما هو الشأن بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية، تعيين الأخذ بمعيار أو ضابط يتصل بهذا العنصر لاختبار قانون الدولة الواجب إخضاع العلاقة له كضابط جنسية أطراف العلاقة مثلاً. وإذا تبين أن العنصر الرئيسى

(١) الدكتور هشام صادق، الطبعة الثالثة، ص ٧٤٠ وما بعدها.

علاقة هو عنصر الموضوع، كما هو الحال في مجال الحقوق العينية، تعين
لبحث عن ضابط متصل بهذا العنصر كضابط موقع المال، وإذا كان عنصر
لمسبب هو مركز الثقل في العلاقة القانونية، كما هو الحال في مجال التصرفات
القانونية، تعين البحث عن ضابط يتصل بهذا العنصر، كضابط إرادة المتعاقدين
النسبة للعقد أو محل وقوع الفعل بالنسبة للمسئولية التقصيرية^(١).

يلوح من ذلك أنه إذا ترك المشرع مسألة لاجتهاد الفقه والقضاء كان
من الواجب على المجتهد أن ينطلق في بناء حكمه من الفلسفة العامة التي تهيمن
على فكر المشرع في صياغته لقواعد الإسناد وبحيث يتم الربط لزوماً بين
لعلاقة وبين أكثر القوانين اتصالاً بها إعمالاً لفكرة التركيز. إن المشرع وحده
هو الذى يستطيع أن يخرج، في بعض الفروض، عن الإطار العام الذى ينطلق
منه في بناء أحكامه^(٢). أما المجتهد - فقيهاً كان أم قاضياً - فإنه يكون دائماً
ملتزماً بالأهميات الأصولية التى ينطلق منها مشرعة في صياغة قراره
بالفلسفة العامة التى تحكم فكره.

نعاود طرح السؤال الأساسى مرة أخرى: ما هو القانون الواجب
لتطبيق على خطأ البنك المتمثل في إرسال معلومات خاطئة إلى الغير الموجود
في الخارج والذى رتب له ضرراً؟

نرى على ضوء ما صغناه من حكم ضرورة إعمال قانون البنك،
اعتباره قانون محل حدوث الخطأ. فقانون البنك الذى يحكم العلاقة الأصلية
يدو بوصفه القانون الأنسب لحكم المسئولية الناشئة عن الفعل الضار المتصل
بهذه العلاقة. فهذا الحل يتفق وتوقعات الأطراف ويتحقق معه فكرة التركيز

(١) الدكتور فؤاد رياض والدكتورة سامية راشد، الوسيط فى القانون الدولى الخاص،
١٩٩٢، المرجع السابق، فقرة ٢٥ ص ٣٤ - ٣٥.

(٢) من ذلك مثلاً أن المشرع حين يعتد بقانون الإرادة فى شأن العقود الدولية (م ١٩ مدنى
مصرى) لا يبدو جل شأغله فى مسألة التركيز، وإنما يكفى أن يكون القانون المختار
على صلة بالعقد كما رأينا. ذلك أن المشرع فى هذه الحالة منشغل باعتبارات متعلقة
بالنجارة الدولية أكثر من انشغاله بمسألة التركيز.

ووحدة القانون المطبق على المسؤولية التقصيرية والعقدية معاً في غالبية الأحوال. كما يبدو قانون البنك هنا بوصفه قانون البيئة الاجتماعية، أو الوسط الاجتماعي الذي حدثت فيه الواقعة المنشئة للالتزام غير التعاقدى. ومن ثم يبدو هذا الحل بوصفه منطقياً على تكريس للاتجاهات الحديثة في شأن القانون الذى يحكم المسؤولية التقصيرية عبر تخريج منطقي ومقبول لا يصطدم بنص من النصوص التشريعية وإنما يبلور قصد المشرع ويجسده. على أن أعمال هذا الحل فى مصر - فى ظل المادة ٢١ مدنى مصرى - يستتبع بالضرورة فى الفرض حيث يكون الخطأ قد وقع من بنك فى الخارج وتحقق الضرر فى مصر، أن يكون الفعل المقترف فعلاً غير مشروع وفقاً لكل من القانون الأجنبى - قانون البنك باعتباره قانون محل وقوع الخطأ - والقانون المصرى بوصفه قانون محل حدوث الضرر.

المبحث الثالث

خدمات مصرفية لتوقى مخاطر حمل النقود

تقديم:

أمام حركة انتقال الأفراد عبر الحدود فى يسر وكثرة، بقصد التجارة أو السياحة أو العلاج أو غير ذلك، ظهرت الحاجة إلى نقل النقود. ولما كان حمل النقود إلى الخارج تكتنفه مخاطر عديدة وتحوط به إجراءات شديدة الوطأة خاصة من حيث الرقابة على النقد، فقد لجأ الأفراد إلى البنوك يطلبون منها العون للحصول على ما يحتاجون فى رحلاتهم دون أن يجدوا أنفسهم مضطرين إلى حمل النقود متحملين مخاطر ذلك. وتدخل البنك، بشأن هذه المسألة، يأخذ صوراً عدة. نعرض فى هذا المبحث أهم صور هذا النوع من الخدمات المصرفية فعالج القانون الذى يحكم خطاب الاعتماد (مطلب أول) والشيكات بأنواعها (مطلب ثان) وعملية مبادلة النقود (مطلب ثالث).

المطلب الأول خطاب الاعتماد ذو الطبيعة الدولية

يُعرف خطاب الاعتماد بأنه صك يوجهه بنك إلى أحد فروعهِ أو مراسليه في الخارج يعهد إليهم فيه بدفع مبلغ أو مبالغ من النقود - في حدود مبلغ الخطاب - لشخص يُسمى المستفيد، خلال مدة معينة.

وخطاب الاعتماد هو تصرف قانوني بإرادة منفردة، هي إرادة البنك يرتب التزاماً في ذمة البنك - مصدر الخطاب - قبل المستفيد. وهو تصرف قانوني شكلي يتعين وروده في محرر مكتوب وفقاً لما يجري عليه العرف المصرفي. كما أنه تصرف قانوني ذو طابع شخصي غير قابل للتداول أو التحويل. فهو ليس ورقة تجارية. وهو أخيراً، خطاب لا يتضمن تاريخ استحقاق، وإنما تبين فيه مدة صلاحيته، كما يجوز استيفاء المبلغ على دفعات^(١).

فقد يحدث من الناحية العملية أن يحتاج شخص لمبلغ من النقود في بلد أجنبي، وبدلاً من أن يحمل النقود معه ما يكتنف ذلك من مخاطر ضياعها أو تلفها، يعهد المسافر بهذه النقود إلى أحد البنوك في دولته. وعلى أثر ذلك، وبعد أن يجري البنك عملية صرف للنقود بالعملة الأجنبية، يصدر خطاب اعتماد مبنياً عليه مبلغ الاعتماد ويسلمه للعميل الذي يستطيع أن يسحب بمقتضاه المبالغ التي يريدونها - في الحدود المذكورة - من مراسلي البنك من الخارج مرة واحدة أو على دفعات حسب حاجته. وقد يتفق العميل مع البنك على إصدار خطاب الاعتماد باسم شخص آخر هو المستفيد.

وقد لا تكون وظيفة الخطاب مجرد كونه أداة لنقل النقود من دولة لأخرى وإنما ينطوي على عملية ائتمان حقيقية وذلك في الفرض حيث يتفق

(١) الدكتور محمد حسنى عباس، عمليات البنوك، سابق الإشارة إليه، فقرة ١٨٢ ص ١٤٣، ريبير وريلو، فقرة ٢٣٨١ ص ٤٠٨.

العميل مع البنك بأن يفتح له اعتماداً لديه بإسمه أو باسم المستفيد يخصص كمقابل وفاء لخطاب الاعتماد، على أن يلتزم العميل برد المبلغ إلى البنك في الأجل المحدد.

وثمة صورة أخرى لخطاب الاعتماد يرتبط استعمالها بعمليات الاستيراد والتصدير وباستعمال الاعتمادات المستندية. ويطلق على هذا النوع خطاب الاعتماد التجارى وصورته أن يتفق العميل (المشترى) مع البنك على إصدار خطاب اعتماد باسم شخص آخر هو المستفيد، وفاء لثمن بضاعة، ومتى استلم البائع خطاب الاعتماد قام بتصدير البضاعة ثم يتقدم إلى البنك المراسل ويسلمه خطاب الاعتماد مرفقاً به مستندات الشحن مقابل استلام مبلغ الخطاب، ويرسل البنك المراسل هذه الوثائق مع خطاب الاعتماد والإيصال الدال على استلام المبلغ إلى البنك مصدر الخطاب كى يقوم بتسليم مستندات الشحن إلى العميل^(١).

هذه الصورة الأخيرة من صور خطاب الاعتماد – باعتبارها المتكررة فى العمل – هى التى نتلقها ونُحدِّد القانون الذى يحكم العلاقات الناشئة عنها وهى علاقات متعددة ومتباينة.

والسؤال: ما هو القانون الذى يحكم العلاقات الناشئة عن خطاب الاعتماد هذا فى صورته الأخيرة التى ذكرناها؟.

ثمة فى هذا الشأن عدة علاقات، ولذا من المتصور أن يختلف القانون واجب التطبيق بحسب العلاقة المتولدة عن خطاب الاعتماد:

(١) ليس صحيحاً ماذهب إليه جانب من الفقه الفرنسى من أن خطاب الاعتماد يحكمه فى جملة قانون البنك مُصدر الخطاب فى كافة الفروض بمقولة أن الخطاب يتضمن بصفة جوهرية وأساسية تعهداً من جانب البنك المصدر له بدفع مبلغ الخطاب إلى المستفيد. فهذا التعهد فى مواجهة المستفيد غير المُعين

(١) الدكتور محمد حسنى عباس، المرجع السابق، فقرة ١٧٨ ص ١٤١، ريبير وربلو، الطبعة الثانية عشرة، فقرة ٢٣٨٢ ص ٤٠٨.

يُعد وفق هذا الرأي بمثابة الأداء المميز الذي يجعل من قانون دولة البنك الذي اضطلع بهذا التعهد صاحب السلطة والسلطان لحكم الخطاب^(١).

(٢) لا شك أن إصدار خطاب الاعتماد يستند إلى علاقة سابقة فيما بين البنك مصدر الخطاب والعميل. هذه العلاقة السابقة يحكمها القانون الخاص بها وهو قانون الإرادة أو غيره حسب الأحوال متى كانت العلاقة ذات طبيعة دولية وهو أمر نادر.

(٣) العلاقة بين البنك المراسل (الوكيل) والمستفيد: هذه العلاقة يحكمها أيضاً قانون البنك المرسل ولمعرفة أساس تطبيق هذا القانون يتعين التمييز بين الفروض التالية:

أولاً: في إطار العلاقة بين البنك مصدر الخطاب والعميل الذي استصدر الخطاب، نرى أن القانون واجب التطبيق هو قانون المصرف^(٢) ما لم يتفق الطرفان صراحة أو ضمناً بصورة مؤكدة على تطبيق قانون آخر. والغالب على أي حال أن يتضمن الخطاب الصادر من البنك كافة تفاصيل العلاقة. وتطبيق قانون البنك مصدر خطاب الاعتماد مرجعه إلى أنه هو الذي يضطلع بتقديم الأداء المميز والجوهرى. فوق ذلك يصطبغ العقد بالواقع الاقتصادى والقانونى المعمول به فى قانون الدولة التى يوجد بها مقره. ويبرز أداء البنك بصورة فذة إن أدركنا أن التزامه فى خطاب الاعتماد مستقل عن العلاقات القانونية السابقة عليه كعقد البيع مثلاً. كما أنه مستقل عن عقد فتح الاعتماد.

ثانياً: وفى شأن العلاقة بين البنك المصدر لخطاب الاعتماد والبنك المراسل، فإن القانون الواجب التطبيق يتوقف على تحديد طبيعة العلاقة القانونية التى تربط بينهما. ولما كان من المقرر اعتبار هذه العلاقة بمثابة عقد

(١) Stofflet, Banque et operations de Banque, No 133. وقارن مع ذلك لوسوارن وبريدان، المرجع السابق، بند ٦٢٠ ص ٧٤١.

(٢) فى هذا المعنى لوسوارن وبريدان، المرجع السابق، فقرة ٦٢٠ ص ٧٤١، Stofflet، البنك وعمليات البنوك، فقرة ١٣٣، Gavalda موسوعة القانون الدولى، فقرة ٧٢.

وكالة المُوكَل فيها هو البنك مُصدر الخطاب والوكيل فيها هو البنك المراسل^(١)، فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة هذا البنك الأخير l'establissement du correspondant باعتباره قانون دولة التنفيذ^(٢). إلى ذلك فإن في هذا المكان يتحقق الأداء المميز كما يقول الفقهاء^(٣). وعلى ذلك فإن قانون دولة البنك المراسل – بوصفه قانون دولة التنفيذ – هو الذى يحدد التزامات البنك المراسل وتلك التى تقع على عاتق البنك مصدر الخطاب.

ثالثاً: وأخيراً العلاقة بين البنك المراسل (الوكيل) والمستفيد. وهذه يحكمها أيضاً قانون البنك المراسل^(٤). وتطبيق هذا القانون أساسه الإرادة المنفردة للبنك وهو التزام أنشأه العرف التجارى. وقد رأينا أن الالتزام بالإرادة المنفردة يحكمه قانون موطن أو مقر المدين بالالتزام. وأن هذه قاعدة إسناد غير منصوص عليها فى القانون المدنى ينشؤها القضاء بالاستناد إلى المادة ٢٤ مدنى وبالرجوع إلى المبادئ العامة للقانون الدولى الخاص.

وهذا الحل له عدة مزايا: ففى هذه المكان يتم تنفيذ الالتزام من ناحية، كما أن التزام البنك يعد بمثابة الأداء المميز الذى يجعل من قانون دولة البنك الذى اضطلع بهذا التعهد صاحب السلطة والسلطان لحكم الخطاب.

(١) الدكتور محمد حسنى عباس، عمليات البنوك، المرجع السابق، فقرة ١٨٥ ص ١٤٥، ريبينو وريبلو، فقرة ٢٣٨ ص ٤٠٩.

(٢) لوسوارن ويريديان، قانون التجارة الدولية، المرجع السابق، فقرة ٦٤١ ص ٧١٢ وما بعدها، وفقرة ٦٧٠ ص ٧٤١، باتيفول، تنازع القوانين فى مسائل العقود، المرجع السابق، بند ٣٠٤ أرمنجون الوجيز فى القانون الدولى الخاص التجارى، المرجع السابق، فقرة ٢٢٨ ص ٤٠٨، Gavalda، موسوعة القانون الدولى تحت عنوان banque et etablissement Financier فقرة ٧٢ والمراجع المشار إليها فيه.

(٣) لوسوارن ويريديان، المرجع السابق، ص ٧٤١.

(٤) لوسوارن ويريديان، المرجع السابق، فقرة ٦٧٠.

المطلب الثاني

الشيك المقبول والشيك المصرفي والشيك السياحي

لتحديد القانون الذي يحكم هذه الأوراق نعرض لمسألتين: القانون الذي يحكم الشيك بالمعنى العام، والقانون الذي يحكم الشيكات المعتبرة من قبيل الأنواع الخاصة.

أولاً: القانون الذي يحكم حق الحامل على مقابل الوفاء في الشيك بمعناه العام: نعرض لهذه المسألة وحكمها في اتفاقيات جنيف ثم نبيِّن وضع المسألة في القانون المصري:

إن تحديد القانون الذي يحكم حق الحامل على مقابل الوفاء في الشيك من المسائل الدقيقة في القانون الدولي الخاص. نبحث في وضع المسألة في اتفاقية جنيف الخاصة ببعض مسائل تنازع القوانين في مسائل الشيك لسنة ١٩٣١ ثم نعرض للحل الذي نراه ملائماً للعمل به في القانون المصري.

(١) وضع المسألة في اتفاقية جنيف لسنة ١٩٣١:

نقاشات صاخبة دارت بين المؤتمرين في جنيف لسنة ١٩٣١ بقصد إرساء حل يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق على حق الحامل على مقابل الوفاء في الشيك^(١). ولعله من المفيد أن نلقى الضوء على أهم ما أثاره أعضاء المؤتمر من نقاش في هذا الشأن^(٢).

(١) لقد كان من رأى المندوب الإيطالي (السيد ديننا) إخضاع مسألة حقوق الحامل في الشيك على مقابل الوفاء لقانون محل إصدار الشيك.

(١) استعمل المشرع الجنائي المصري (م ٣٣٧) لفظة "الرصيد"، قاصداً بذلك "مقابل الوفاء" وينتقد جانب من الفقه المصري هذه التسمية على أساس أن "الرصيد" يعنى نتيجة الحساب دون أن يفيد ما إذا كان الحساب دائناً أم مديناً، الدكتور محمد صالح، الوفاء بالشيك ومقابل الوفاء، مجلة القانون والاقتصاد السنة ٩، مشار إليه عند الدكتور المرصفاوي، المرجع السابق ص ٩٥، وهامش (١) من ذات الصفحة.

(٢) راجع هذا النقاش معروضاً في مؤلف الأستاذ:

Jacques Bouteron, Statut international du cheque, Paris - Dalloz 1934

بصفة خاصة التعليق على المادة السابعة ص، ٧٠٣ - ٧١٢.

(٢) على النقيض من ذلك ذهب كل من مندوب فرنسا وفنلندا والنرويج والسويد وغيرهم إلى أن الأنسب "هو تطبيق قانون محل وفاء الشيك".

(٣) أكد المندوب الفرنسي على ضرورة التصدى لهذه المسألة وبيان الحل الواجب في شأنها حتى لا تترتب على ذلك نتائج ظالمة تأباها الطبيعة القانونية للشيك. ولبيان وجهة نظره ضرب لنا مثلاً: لو أن شيكاً تم سحبه في الولايات المتحدة الأمريكية على بنك في فرنسا، وقبل أن يتم الوفاء به أفلس الساحب - فماذا يكون الحل في كل من الدولتين؟ إن القانون الفرنسي يعطى للحامل حق المطالبة بالوفاء بقيمة الشيك رغم إفلاس الساحب باعتبار أن له حقاً مانعاً على مقابل الوفاء. وتبعاً لذلك يتعين على البنك المسحوب عليه أن يقوم بالوفاء. من جانبه لا يُحوّل القانون الأمريكي للحامل حق المطالبة بالوفاء بقيمة الشيك في هذه الحالة وإنما يكون ذلك للسنديك بوصفه وكيلًا عن دائني الساحب المفلس.

هكذا يكون للحامل حق مقاضاة البنك في فرنسا، ويكون هذا الأخير مجبراً على الوفاء. بينما يكون للسنديك في الولايات المتحدة الأمريكية أن يقاضى البنك ويكون بدوره ملزماً بالوفاء. معنى ذلك أن هناك التزاماً يجب الوفاء به مرتين. ولا شك أن مثل هذا الحل لن يكون مقبولاً. ولعل أكثر الناس إحساساً بخطورته على مستوى العلاقات الخاصة الدولية هم القائمون بالأعمال المصرفية. ومن هنا يبدو من الملائم حسم مسألة التنازع تلك حتى لا يتعرض تداول الشيك للخطر.

وقد كان للحجج الدامغة^(١) التي قدمها المندوب الفرنسي الأثر الأكبر فيما انتهى إليه المؤتمر من صياغة للحكم النهائي الذي تضمنته المادة ٦/٧ و٧ من الاتفاقية في هذا الخصوص. وفي ذلك نصت المادة ٦/٧ على أن: "قانون الدولة التي يكون الشيك مستحق الوفاء فيها هو الذي يُحدد حقوق

(١) راجع هذه الحجج المذكورة عند J. Bouteron، سابق الإشارة إليه، ص ٧٠٥.

الحامل على مقابل الوفاء وهو الذى يُبين طبيعة هذه الحقوق". فضلاً عن ذلك فإن قانون محل الوفاء هو الذى يسرى فى خصوص المسائل الآتية:

- بيان ما إذا كان من اللازم أن يكون الشيك مستحق الوفاء لدى الإطلاع أو من الجائز أن يكون مستحق الوفاء بعد مدة معينة من الإطلاع.
- تحديد ما إذا كان من حق الساحب إلغاء الشيك أو المعارضة فى وفائه.

هذا، ولم تعالج الاتفاقية شروط صحة مقابل الوفاء وإثبات وجوده وهو الأمر الذى يجب معه الرجوع إلى القواعد العامة فى تنازع القوانين.

وهكذا نرى أن الاتفاقية قد جعلت اليد الطولى فى خصوص المسائل السابقة المتعلقة بحقوق الحامل والساحب على مقابل الوفاء لقانون محل الوفاء. فما هو الحل الذى يمكن الأخذ به فى القانون المصرى؟.

(٢) وضع المسألة فى القانون المصرى:

ما هو القانون الذى يسرى بشأن حقوق الحامل على مقابل الوفاء؟ هل هو القانون الذى يحكم إصدار الصك أم قانون محل الوفاء به أم هو قانون آخر غير هذا وذاك؟.

يبدو أن الفقه المصرى يرى إخضاع هذه المسألة لقانون محل إنشاء الصك^(١). بيد أن هذا الحل لا يمكن قبوله ونفضل عليه، لأسباب عملية وأخرى قانونية، قانون محل الوفاء بقيمة الشيك وهو عادةً قانون المكان الذى يوجد به المصرف المسحوب عليه.

١- المبررات العملية:

ثمة جملة مبررات عملية تقتضى إعمال قانون دولة محل الوفاء بالشيك وهى:

- أ- يمثل قانون محل الوفاء فى الشيك مركز النقل فى الورقة. فهو يفضل قانون محل الإنشاء، الذى قد يقع بصفة عرضية، أو يتم بصورة تحكيمية من قبل الساحب.

(١) الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند ١٢٣٢ ص ١١٦٠، وفى تأييده الدكتور هشام صادق، سابق الإشارة إليه، ص ٨٤٣.

ب- إن المسحوب عليه، وهو فى العادة مصرف أو مؤسسة تقوم بالأعمال المصرفية، يجب أن يقوم بالوفاء بالشيك الذى يقدم إليه من قبل الحامل بمجرد الإطلاع. وفى هذه الحالة يكون من الميسور على البنك، بالرجوع إلى قانون الدولة التى توجد بها، أن يعرف حقوق الحامل على مقابل الوفاء، وأن يحدد مثلاً ما إذا كان من شأن إفلاس الساحب أن يؤثر على حق الحامل (كما هو الحال فى القانون الأمريكى) أم لا. وعليه، إذا وفى المسحوب عليه وفاءً صحيحاً، وفقاً لقانون هذه الدولة، فإنه يكون قد نفذ التزامه ولا محل لمؤاخذته.

وعلى النقيض من ذلك، فإن فى القول بإلزام البنك بالرجوع فى هذه الحالة إلى قانون محل إصدار الصك عنفاً شديداً، حيث سيجد نفسه ملزماً بمعرفة قوانين سائر الدول التى يتم فيها سحب شيكات عليه. وهكذا، يكون عليه قبل قيامه بالوفاء أن يعرف مثلاً ما إذا كان قانون هذه الدولة أو تلك يقر أم لا بحق الحامل على مقابل الوفاء. وليس بخاف أن مثل هذا التكليف فى البحث والتحرى عن حكم هذه القوانين فيه عنت من شأنه أن يتقل تداول الشيك والفرص أنه صك واجب الدفع بمجرد الإطلاع^(١).

٢- الاعتبارات القانونية:

فضلاً عن الاعتبارات العملية السابقة ثمة مبررات أخرى ذات طبيعة قانونية تقتضى إعمال قانون دولة الوفاء بالشيك:

أ- أول هذه الاعتبارات يجعلنا نتساءل: ما المقصود بمقابل الوفاء؟ يجب الفقه^(٢) مقررًا أن مقابل الوفاء هو دين فى ذمة المسحوب عليه. ولذلك

(١) فى هذا المعنى، المندوب الفرنسى، Comptes - rendus, Percerou، ص ٣٢٩، وأيضاً

فى Bouteron، ومؤلفه Les statut international du cheque، ص ٥٠٧.

(٢) الدكتور مصطفى كمال طه، القانون التجارى (فى مصر)، سابق الإشارة إليه،

ص ١٠٥، الدكتور على البارودى، القانون التجارى (اللبنانى) ١٩٨٥، سابق الإشارة

إليه، بند ٦٨ ص ١٠٩، الدكتور إلياس حداد، بند ١٠٠ ص ٢٠٣، وفى فرنسا، هامل

ولاجارد وجوفريه، بند ١٤٢٢، ص ٥٠٩، ريبير وروبلو، المطول فى القانون

التجارى، باريس ١٩٧٦، بند ١٩٧٩.

فإن حق الحامل على مقابل الوفاء هو حق دائنيه يحكمه ذات القانون الذى يحكم حوالة الحق. لكن ما هو هذا القانون الذى يحكم هذه الحوالة؟

قيل فى مؤتمر جنيف بأنه هو قانون موطن المدين المسحوب عليه، أى قانون محل الوفاء^(١). هذه الحجة كانت تبدو مقنعة فى ظل ما كان يقول به الفقه التقليدى من أن تركيز العلاقات بين الدائن والمدين يتحقق بظهور فى موطن المدين^(٢). فإذا أخذنا بهذا التحليل فرضاً فإن القانون الواجب التطبيق فى هذا الشأن هو قانون الدولة التى يكون فيها الشيك مستحق الوفاء.

- وفى ظل ما يقول به الفقه الحديث من أنه ليس للديون أو الحقوق الشخصية قانون خاص يحكمها، وإنما هى تخضع فى الأصل للقانون الذى يحكم مصدرها (عقداً كان أم فعلاً ضاراً أم فعلاً نافعاً)^(٣)، وما يقوله به كذلك

= وفى ذلك يقول الدكتور على البارودى (المرجع السابق ص ١٠٩) "جرت العادة بين الفقهاء على القول بأن للحامل على مقابل الوفاء حق ملكية وهو تعبير غير دقيق من الناحية القانونية، لأن الملكية حق عينى يجب أن يرد على شئ معين. بينما مقابل الوفاء دين نقدى فى نعمة المسحوب عليه. ولكن تعبير "ملكية" مقابل الوفاء يقصد به اختصاص الحامل به وخروجه من يد المساحب ودائنته خاصة عند إفلاس المساحب. لذلك يفضل بعض الفقهاء تسميته بأنه حق مانع".

(١) وهذا هو ما قال به مندوب البلاد الواطنة Pay – Bas السيد Assar حيث قال:

"Il est logique, du point de vue du droit, d'appliquer la loi du lieu de paiement. En effet, – il s'agit ici de la transmission de la provision. Or. Qu'est ce que la provision? C'est une créance qui s'agit donc de la transmission de cette créance, à la suite de l'émission du titre. Peut – être pourrait – on qualifier cette conséquence Juridique de "cession légale" d'une créance, Or, d'après la doctrine moderne courante, en matière de transmission ou de cession "c'est la loi du lieu – de paiement qui est compétente, c'est à dire la loi du débiteur. Donc, du point de vue juridique, il n'est pas douteux que la loi du lieu de paiement, loi du débiteur, doit régir les conséquences de cette cession légale" V. Boutteron. Op. cit., P. 706.

(٢) Bartin، الجزء الثالث، ص ٣١، وفى مصر، الدكتور عز الدين عبد الله، بند ١٢٩، ص ٤١١، وما بعدها.

(٣) راجع فى فرنسا، باتيفول ولجار، بند ٥٣٨، ص ٢١٣ وما بعدها، Holleaux، فى Rep. Dalloz dr. int.، تحت عنوان Cession de creance، بند ٤ وما بعده، وفى مصر الدكتور فؤاد رياض، بند ٣٤٧، ص ٣٧٩، الدكتور هشام صادق، ص ٨٢٠ =

من أن هناك بعض الحقوق الشخصية تُعد بمثابة استثناءات لا تخضع لمصدرها نرى أن ثمة اعتبارات قانونية تحملنا على البحث عن قانون آخر خاص بحكم الأوراق التجارية، وبصفة خاصة الشيك. وفي ذلك نشارك العلامة باتيفول - فيما يقول به - من أن الأصل هو خضوع الحقوق الشخصية لقانون مصدرها إلا أن هناك بعض المسائل ذات الطبيعة الخاصة، تقضى بإخضاع حق الدائنية إلى قانون متميز ومستقل عن القانون الذي يحكم العقد أو الفعل الضار الذي تولد عنه هذا الحق. ويكون لحق الدائنية - بهذه المثابة - تركيزه الخاص به شأنه شأن الحق العيني^(١). ولا شك أن الوفاء بقيمة الأوراق لأمر القابلة للتداول من الأمور التي تدخل في عداد "المسائل ذات الطبيعة الخاصة" وذلك لأن حق الدائنية في هذه الأوراق "ينفصل إلى درجة كبيرة عن مصدره" ويبدو "مندمجاً في شيء مادي"^(٢) هو الصك ذاته. وتبدو - دون شبهة من شك - هذه المعاني واضحة حين يتعلق الأمر بالسيك بوصفه أداة وفاء بدين معين هو مبلغ من المال. وإذا كان الوفاء "هو المظهر الخارجي للحق"^(٣). فإن محل الوفاء يبدو بوصفه المحور أو المركز الذي "تُسكّن" فيه الحقوق المرتبطة بالصك. وفي هذا المكان "تتوطن" حقوق الحامل على مقابل الوفاء لكون هذه الحقوق مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بعملية الوفاء ذاتها^(٤). هكذا، ينبغى الرجوع إلى قانون محل الوفاء لتحديد حقوق الحامل على مقابل الوفاء.

هذا الحل بما له من مبررات عملية وقانونية لا شك في وجاهته. وينبغي على القاضى المصرى أن يطبقه متلمساً فى نص المادة ٢٤ مدنى

سوما بعدها، وفى القانون السورى، الدكتور فؤاد ديب، القاتون الدولى الخاص، تنازع القوانين، ١٩٨٥ - ١٩٨٦، ص ٣١٠، وفى لبنان، الدكتور سامى عبد الله، الطول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية. ١٩٨٧، بند ٤٤١، ص ١٥١.
(١) باتيفول ولاجار، بند ٥٣٨.

(٢) Batiffol et Lagarde، المرجع السابق، بند ٥٣٨.

(٣) Batiffol et Lagarde، بند ٥٤٧، ص ٢٢٥.

"...c'est en ce lieu (de paiement) que le droit se manifeste exterieurement".
(٤) Chemały، المرجع السابق، بند ٥٨٥.

مصرى سنداً قانونياً. فبمقتضى هذه المادة يكون على القاضى - فيما لم يرد بشأنه نص تشريعى لحكم المسألة المعروضة - أن يرجع لمبادئ القانون الدولى الخاص، أى تلك المبادئ العامة المشتركة عند غالبية النظم القانونية.

ب- ومن يتأمل نصوص قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ يراها تكرر أعمال قانون محل الوفاء. يشهد بذلك ما تنص عليه المادة ٥٠٥ بقولها "إذا سحب الشيك بين مكاتين مختلفى التقويم أرجع تاريخ إصداره إلى اليوم المقابل فى تقويم مكان الوفاء". وكذلك المادة ٥٠٦ التى تنص على أنه: "إذا كان الشيك مستحق الوفاء فى مصر فلا يجوز للبنك المسحوب عليه الإمتناع عن الوفاء به متى كان لديه مقابل وفاء ولو انقضى ميعاد تقديمه". وتؤكد ذلك المادة ٥١٠ من ذات القانون التى تقرر الأحكام التالية: (١) إذا اشترط الوفاء بمبلغ الشيك فى مصر بنقد أجنبى معين، وجب الوفاء بهذا النقد إذا كان للساحب لدى المسحوب عليه مقابل وفاء به. (٢) وإذا اشترط الوفاء بمبلغ الشيك فى مصر بنقد أجنبى معين دون أن يكون للساحب لدى المسحوب عليه مقابل الوفاء بهذا النقد جاز الوفاء بالعملة المصرية وفقاً لسعر الصرف المعلن بيع/ تحويلات لدى المسحوب عليه وقت تقديم الشيك للوفاء إذا وجد عند المسحوب عليه مقابل وفاء هذه العملة ما لم يرفض الحامل هذا الوفاء.

٣- إذا عين مبلغ الشيك بنقد يحمل تسمية مشتركة وتختلف قيمته فى بلد الإصدار عن قيمته فى بلد الوفاء افترض أن المقصود نقد بلد الوفاء.

٤- إذا عين مبلغ الشيك بنقد يحمل تسمية مشتركة من عملات أجنبية مختلفة ليس من بينها نقد الوفاء كانت العبرة بنوع العملة الموجودة بحساب الساحب لدى البنك المسحوب عليه أو على أساس عملة البلد الذى صدر فيه الشيك إذا لم يوجد بحسابات الساحب عملة تحمل الاسم المشترك. فإذا تعددت العملات الموجودة بحسابات الساحب لدى المسحوب عليه وتعددت تحديد العملة المقصودة فى الشيك يتم الوفاء بقيمة الشيك من العملة الأقل قيمة وذلك كله ما لم يرفض الحامل سداد قيمة الشيك وفقاً لتلك الأسس.

فضلاً عما تقدم فإن التشريعات على اختلافها ترصد جزاءً جنائياً في حالة عدم وجود مقابل وفاء للشيك وقت إصداره مساوياً بالأقل لمبلغ الشيك وجائز التصرف فيه وكذلك في حالة نقصه عن قيمة الشيك أو استرداد الساحب لهذا "الرصيد" أو منع المسحوب عليه من الوفاء به أو المعارضة فيه. مدلول الشيك بالمفهوم التجارى وأهميته:

والسؤال: ما هو مدى تأثير مدلول الشيك بالمفهوم التجارى على هذا التجريم خاصة وأن بيانات الشيك هذا قد تختلف من دولة لأخرى؟^(١) من المتصور عملاً أن يقع الاختلاف بين التشريعات حول اشتراط وجود مقابل الوفاء أو الرصيد المتطلب لصحة الشيك أو حول وقت وجوده أو شروطه إذا كان مطلوباً، مع ما لهذه التحديدات من آثار على التجريم الذى يرصده المشرع الجنائى الوطنى فى هذه الحالة.

فلنا أن نتصور مثلاً عراقياً سحب فى مصر شيكاً مستحق الوفاء على مصرف فى سويسرا من غير أن يكون له رصيد موجود وقت إصدار الشيك وقابل للتصرف فيه، ومستحق الوفاء خاصة إذا عرفنا أن القانون السويسرى لا يتطلب ضرورة أن يكون هناك رصيد قائم وقابل للتصرف فيه. فإذا تمت ملاحقة الساحب جنائياً أمام القضاء المصرى^(٢)، فهل يجب على القاضى

(١) الدكتور حسن المرصفاوى، جرائم الشيك، سابق الإشارة إليه، ص ٣٤. هذه المشكلة مطروحة فى القانون الداخلى عبر عنها الفقه الجنائى بقوله "جرم المشرع بعض صور التعامل بالشيكات، بيد أنه لم يُعرف المراد من الشيك مما أثار الخلاف فى الرأى بما رتب من نتائج عملية على جانب من الأهمية. فقد ناقش الشراح - إزاء سكوت المشرع الجنائى - ما إذا كان الشيك الذى أسبغت عليه الحماية الجنائية هو ذاته الذى بينه القانون التجارى فى نصوصه، ثم إنه بصدد هذا التشريع - وقد سكت عن ذكر الشيك صراحة كما سلف القول - هل يرجع فيه إلى أحكام الكمبيالة باعتبارها تشمل القواعد العامة للأوراق التجارية أم تطبق أحكام القانون المدنى؟ وأما الأهمية العملية فتظهر إزاء الشيك المعيب وفقاً لأحكام القانون التجارى وهل يصلح أن يكون شيكاً فى نظر المشرع الجنائى، أم أن العيب الذى يلحقه يؤدى إلى فقدان الركن الأساسى فى التجريم وهو كون الورقة موضوع الجريمة شيكاً".

(٢) على أساس ارتكاب أحد عناصر الجريمة فى مصر.

المصرى أن يوقع عليه الجزاء المقرر فى المادة ٣٣٧ جنائى مصرى^(١)، وبصرف النظر عما إذا كان شرط مقابل الوفاء متطلباً أم لا من وجهة نظر القانون المختص بمقتضى قاعدة الإسناد المصرىة (وهو القانون السويسرى فى المثال السابق بوصفه قانون محل الوفاء)؟ أم أنه يتعين على القاضى المصرى أن يرجع إلى هذا القانون السويسرى الذى تحدد اختصاصه بمقتضى قاعدة الإسناد المصرىة؟.

لفترة طويلة من الزمن وضع القضاء الفرنسى المسألة فى غير موضعها الصحيح معتقداً أن مثل هذا الفرض يطرح وحسب تنازعاً بين القوانين الجنائىة Les Loi penales^(٢) وهو الأمر الذى لا يتصور قيامه. تتنازع القوانين لا يثور إلا بصدد المسائل المتعلقة بالقانون الخاص. فمسائل القانون العام – ومنها مسائل القانون الجنائى – لا تثير مشكلة تنازع القوانين وإنما تثير وحسب مسألة تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان. ومن ثم

(١) والتى تنص على معاقبة "كل من أعطى بسوء نية شيكاً لا يقابله رصيد قائم وقابل للسحب أو كان الرصيد أقل من قيمة الشيك أو سحب بعد إعطائه الشيك كل الرصيد أو بعضه بحيث يصبح الباقى لا يفى بقيمة الشيك أو أمر المسحوب عليه الشيك بعدم الدفع".

(٢) راجع فى هذا القضاء أستاذنا Lagarde، تعليقه على حكم النقض الجنائى، الصادر فى ٢٠ أكتوبر ١٩٥٩، دالوز ١٩٦٠، ص ٣٠٠.

على أن من الملائم فى هذه المناسبة أن نشير إلى أن الفقه التقليدى يرى أن نطاق تنازع القوانين يتحدد بالمراكز القانونىة المنطوىة على عنصر أجنبى والتى يحكمها القانون الخاص. أما المراكز الخاضعة للقانون العام فلا تثير تنازعاً بين القوانين، وإنما يطرح بخصوصها وحسب تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان. ولذلك قيل بأن قانون العقوبات المصرى مثلاً "يحدد الجرائم التى يعاقب عليها، وهى بحسب الأصل الجرائم التى تقع على إقليم الدولة. فإذا وقعت جريمة فيثور البحث عما إذا كانت تخضع لقانون العقوبات المصرى أم لا، وهذه هى مشكلة تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان، فإذا كانت تخضع لهذا القانون طبق عليها، وإذا لم تكن مما يشملها نطاق تطبيق القانون، فالقاضى المصرى لا يبحث عن قانون العقوبات الذى تخضع له هذه الجريمة، وعلى ذلك لا تثار مشكلة اختيار القانون الواجب التطبيق، أى مشكلة تنازع القوانين". والحال كذلك بالنسبة لسائر فروع القانون العام، إذ هى لا تطبق إلا تطبيقاً إقليمياً ودون أن يكون لها امتداد خارج حدود الإقليم الذى تطبق فيه، الدكتور منصور مصطفى منصور، ص ١٨.

إذا وقعت جريمة في مصر فإن الأمر ينحصر في تحديد ما إذا كانت هذه الجريمة تخضع أم لا لقانون العقوبات المصري. ولا يخرج الأمر عندئذ عن واحد من فرضين: أن يخضع الجرم المُقترف لأحكام قانون العقوبات المصري ويكون على القاضى المصرى عندئذ أن يطبقه تطبيقاً إقليمياً، أو أن يظهر له أن هذا الجرم لا يدخل في نطاق تطبيق قانون العقوبات المصرى، وعندئذ لا يبحث القاضى عن قانون العقوبات الأجنبى الذى يخضع له هذا الفعل، ولا يكون أمامه إلا أن يحكم بعدم اختصاصه.

إن المتأمل في الأمر يجد أن المسألة المطروحة في هذا الشأن مسألة مختلفة، مضمونها أنه يتعين على القاضى المصرى - حتى يتحقق من قيام جريمة معينة مؤثمة جنائياً وفقاً للقانون الجنائى المصرى - أن يتأكد من توافر شرط أولى لازم لذلك. وهو شرط يتعلق بمسألة من مسائل القانون الخاص يتحدد مدلولها - وفقاً لقواعد الإسناد الوطنية - طبقاً لأحكام قانون أجنبى.

وتطبيقاً لهذه المفاهيم لم يجد الفقه والقضاء في فرنسا صعوبة في تقرير حل مفاده أن تطبيق القاضى الفرنسى لأحكام القانون الجنائى الفرنسى - المتعلقة بالشيك - مشروط بوجود شيك صحيح من وجهة نظر القانون التجارى المختص بمقتضى قاعدة الإسناد المقررة في القانون الفرنسى^(١). وفي السياق ذاته انتهى القضاء الفرنسى إلى أن قيام جريمة إعطاء شيك (صدر في الخارج) بدون رصيد يتطلب أولاً وقبل كل شىء وجود شيك له مقابل وفاء بالمفهوم الذى يحدده القانون التجارى المختص بمقتضى قاعدة الإسناد المدرجة في القانون

(١) استاذنا لاجارد، تعليقه على حكم النقض الجنائى في ٢٠ أكتوبر ١٩٥٩، دالوز ١٩٦٠، ص ٣٠٠، الأستاذ Andre Decocq تعليقه على حكم محكمة جنح السين في ١٣ أكتوبر ١٩٦٥، Rev، ١٩٦٦، ص ٤٤٩، وأنظر بصفة خاصة، ص ٤٥١ وما بعدها، وكذلك الأستاذين (G) Levasseur، و (A) Decocq، في Rep. Dalloz. Dr. int. تحت عنوان: Cheque (Droit penal)، وبصفة خاصة بند ٢٢ وما بعده، أيضاً بحثهما في ذات الموسوعة تحت عنوان Conflit de lois (matière penale)، وبصفة خاصة بند ٣٦ وما بعده.

الفرنسي، أي وفقاً لقانون محل الوفاء الذي قد لا يشترط مقابل وفاء قائم وقابل للتصرف فيه وقت إصدار الشيك.

وقد استقر العمل في القضاء الفرنسي على هذا الحل. وفي هذا ذهبت محاكم الموضوع إلى أن صحة الشيك المسحوب في فرنسا على مصرف في الخارج أمر يتحدد بالرجوع إلى قانون دولة الوفاء بالشيك باعتباره القانون الواجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد الفرنسية. وتبعاً لذلك طبق القضاء الفرنسي القانون التجاري الفرنسي متى كانت فرنسا هي بلد الوفاء^(١)، بينما طبق القانون الأجنبي – قانون دولة الوفاء بالشيك – إذا كان الشيك مستحق الوفاء في الخارج. في عبارة مساوية يذهب هذا القضاء إلى عدم تجريم الساحب عن إصدار شيك بدون رصيد متى كان القانون الأجنبي الذي يحكم الصك لا يتطلب وجود هذا الشرط.

وقد أكدت هذا المعنى بوضوح محكمة جنح السين في حكم لها في ١٣ أكتوبر ١٩٦٥^(٢). وتتحصل وقائع هذه القضية في أن عراقياً كان قد أصدر في فرنسا ثلاثة شيكات بمبلغ إجمالي قدره ١٩٧ ألف فرنك فرنسي وآخر رابعاً بمبلغ تسعة آلاف دولار أمريكي لأمر La Societe Fermiere du palais de la Mediterranee، مسحوبة على بنك سويسري، ومن غير أن يكون لهذه الشيكات مقابل وفاء كافٍ وقابل للتصرف فيه. قدم الساحب للمحاكمة بتهمة إعطاء

(١) راجع في أحكام القضاء الفرنسي على سبيل المثال:

Colmar, 18 Dec. 1964, J. C. P. 1965, P. 1965, IV, 87; Trib. Corr. Seine. 18 Juin 1956, Rev. 1957, P. 293, note H. B.

وبهذا المعنى أيضاً يأخذ القضاء البلجيكي متى كانت بلجيكا هي محل الوفاء بالشيك وكان الشيك مسحوباً في الخارج. نقض (الغرفة الثانية) ٢٣ يناير ١٩٧٩، منشور في J. ١٩٨٤، ص ٣٩١ تعليق A. B. وفي هذه القضية كان المدعى عليه وهو إيراني الجنسية قد سحب شيكاً في طهران مستحق الوفاء لدى بنك في بلجيكا ولم يكن له رصيد قائم وكاف وقابل للتصرف فيه وقت إصدار الشيك. دفع المتهم بعدم قيام الجرم في حقه لأنه قد سحب الشيك في الخارج ولكن المحكمة أدانته لعين الأسباب المقال بها في المتن.

(٢) Rev. ١٩٦٦، سابق الإشارة إليه.

شيكات بدون رصيد. فلم ينازع فيما نسب إليه إلا أنه دفع بأن جريمة إعطاء شيك بدون رصيد. لم تقم في حقه لأن الشيكات وإن تم سحبها في فرنسا إلا أنها كانت مسحوبة على بنك سويسرى، ومن ثم يكون القانون السويسرى هو الواجب التطبيق بوصفه قانون محل الوفاء طبقاً للمادة ٧ من اتفاقية جنيف لسنة ١٩٣١، وهو قانون لا يعاقب على جريمة إصدار شيك بدون رصيد إلا إذا قارف المتهم وسائل احتيالية تقوم بها جريمة النصب.

والسؤال: ما الحكم بالنسبة للرجوع والمعارضة فى الوفاء فى خصوص الشيكات فيما لو القانون الأجنبى الواجب التطبيق على الوفاء يقضى بإجارتها؟.

من الجدير الإشارة إلى أن المادة ٧/٧ من اتفاقية جنيف لسنة ١٩٣١ تقضى بإخضاع "حق الساحب فى إلغاء الشيك أو المعارضة فى وفائه" لقانون محل الوفاء بالورقة. وليس هناك أدنى شك فى أن ثمة ارتباطاً شديداً بين هذه المسائل ومسألة الوفاء بقيمة الورقة الأمر الذى يبرر تطبيق قانون محل تنفيذ الإلتزام الصرفى *La Lex Loci solutuioni* ^(١).

وقد قدر للقضاء الفرنسى فى عدة مناسبات أن يطبق قانون محل الوفاء بالشيك فى خصوص المسألة المتعلقة بالرجوع فى الشيك أو المعارضة فيه. من ذلك ما قرره صراحة محكمة استئناف باريس فى حكم لها فى ٢٨ مارس ١٩٥٢ حين طبقت - بمناسبة شيك مسحوب فى فرنسا ومستحق الوفاء فى أمريكا - قانون ولاية نيويورك بوصفه قانون محل الوفاء تطبيقاً لنص المادة ٧/٧ السابق ذكرها من اتفاقية جنيف لسنة ١٩٣١، الذى يقرر صحة المعارضة فى الوفاء فى الشيك ^(٢).

(١) راجع حول مناقشات هذا الموضوع فى جنيف، Bouteron، المرجع السابق، ص ٧٠٦ وما بعدها.

(٢) منشور فى *Gaz. Pal*، ١٩٥٢ - ١ - ص ٤٢٣، والمجلة النصلية للقانون التجارى، ١٩٥٢، ص ٦٨٠ مع ملاحظات Lousouarn.

وبذات الحل أيضاً قضت محكمة جنح السين فى حكم لها فى ١٨ يونية ١٩٥٦ بمناسبة شيك مسحوب فى إسرائيل ومستحق الوفاء فى فرنسا مؤكدة أنه ينبغي الرجوع إلى القانون الفرنسى - إعمالاً لنص المادة ٧ من اتفاقية جنيف لسنة ١٩٣١ - فيما يتعلق بالرجوع عن الوفاء بالشيك أو المعارضة فيه^(١). ونرى إعمال هذا الحل فى القانون المصرى لذات الاعتبارات التى قدمناها.

ثانياً: القانون الواجب التطبيق على بعض أنواع خاصة من الشيكات:

ذكرنا أن البنك قد يتدخل لمساعدة عميله فى تنفيذ عمليات الوفاء، وهو ما يحدث فى حالات الشيك المقبول والشيك المصرفى وشيك المسافرين أو الشيك السياحى. والسؤال: هل تخضع هذه الأنواع الخاصة من الشيكات لقانون

(١) Revue، ١٩٥٧، ص ٢٩٣ مع تعليق H. B.، ومن الجدير بالإشارة أن إسرائيل ليست من الدول المنضمة لاتفاقيات جنيف، وبهذا المعنى قضت أيضاً محكمة استئناف باريس فى حكم لها فى ٢٣ نوفمبر ١٩٦١، دالوز، ١٩٦٢، ص ٢٢. وفيه قالت المحكمة إن الشيك المسحوب فى الخارج (فى سوريا) والمستحق الوفاء فى فرنسا يخضع، فيما يتعلق بمسألة المعارضة فى الشيك، للقانون الفرنسى، الأمر الذى لا يجوز معه المعارضة فيه فى غير الحالات التى يقرها هذا القانون. وفى قضية تحصل وقائعها فى أن شيكاً كان قد تم سحبه فى بيزانسون (بفرنسا)، مستحق الدفع فى لوزان (سويسرا)، عارض الساحب فى وفائه فى سويسرا طبقاً لأحكام القانون السويسرى. أثبتت المنازعة حول ما إذا كانت هذه المعارضة فى الوفاء صحيحة وما هو أثرها على قيام جريمة الشيك بدون مقابل وفاء. وقد قالت محكمة استئناف "بيزانسون" فى حكمها الصادر فى ٢٤ مايو ١٩٧٣ (منشور فى Revue، ١٩٧٦، ص ٧٩ مع تعليق Lise Moret) "إن المعارضة فى الوفاء يحكمها القانون السويسرى، بوصفه قانون محل الوفاء، وهو قانون لا يحظر ولا يجرم منع الساحب للمسحوب عليه من الوفاء بقيمة شيك بعد تمام إصداره، الأمر الذى لا يكون معه الساحب محللاً للملاحقة الجنائية طبقاً لأحكام القانون الجنائى الفرنسى". وهكذا نلاحظ أن هذا الحكم الأخير قد أقام بوضوح التفرقة بين مسألتين: مسألة تجريم الفعل المعاقب عليه من وجهة نظر القانون الفرنسى (الرجوع فى الوفاء بالشيك بعد إصداره)، ومسألة مدى إمكانية هذا الرجوع ذاته من وجهة نظر القانون الذى يحكم هذه العملية وهو قانون محل الوفاء باعتبار ذلك شرطاً لتطبيق نصوص القانون الجنائى. وبعبارة أخرى، فإن المحكمة لم تر فى هذه الحالة تنازاعاً بين القوانين الجنائية، وإنما رأت أن التنازع قائم بين نصوص متعلقة بمسائل من القانون الخاص (التجارى) رصد لها المشرع جزءاً جنائياً.

البنك الذى يجب الوفاء لديه، وهو قانون الدولة التى يتم فيها تنفيذ الالتزام المصرفى، أم أنها تتمرد على الامتثال لحكم هذا القانون بحكم أنها وإن كانت شيكات – فى معظم الأحوال – إلا أن لها طبيعة خاصة تقتضى خضوعها لقانون آخر؟

أ- الشيك المقبول:

هذا الشيك يفترق عن غيره من الشيكات فى أن صاحبه (العميل) يقدمه إلى بنك ليوقع عليه بالقبول. وتوقيع البنك عليه بالقبول يجعل المستفيد يقبله فى الوفاء دون تردد. فتوقيع المصرف على الشيك يقطع بوجود مقابل الوفاء لديه، ومن ثم يقدم للمستفيد منه أقصى درجات الضمان والأمان.

فلو افترضنا أن البنك الذى وقع عليه بالقبول هو بنك فرنسى موجود فى باريس وكان كل من الساحب والمستفيد – مثلاً – مصريين، فإن الذى لا شبهة فهى لدينا أن قانون المصرف – القانون الفرنسى – هو الذى يحكم هذا الشيك، وذلك لذات الاعتبارات التى قدمناها عند الكلام عن الشيكات العادية.

فضلاً عن ذلك فإن توقيع المصرف على البنك بالقبول هو التزام ينشأ بالإرادة المنفردة للبنك يحكمه كما قلنا أكثر من مرة قانون المدين بالالتزام، وهو قانون الدولة التى يوجد بها المصرف.

هذا ويخضع لقانون البنك أيضاً، بوصفه قانون محل الوفاء الشيك المسطر، الذى لا يجوز تحصيل قيمته إلا عن طريق أحد البنوك. فالاعتبارات القانونية والعملية التى تبرر تطبيق قانون محل الوفاء بالنسبة للشيك العادى توجب – والعلة هنا أظهر – تطبيق ذات المبدأ.

ب- الشيك المصرفى:

فى هذا النوع من الشيكات يحرر البنك أمراً لنفسه بوفاء مبلغ معين لدى الإطلاع للمستفيد منه. ويحرر البنك هذه الورقة بناء على طلب عميله الذى يرغب فى تقديمها لشخص ثالث.

والتزام المصرف فى هذه الحالة أساسه إرادته المنفردة، ومن ثم يكون المصرف المدين بالالتزام هو الواجب التطبيق إعمالاً لقاعدة إسناد ذات طابع قضائى ينشؤها القضاء بمقتضى ما له من سلطة خولتها له المادة ٢٤ مدنى مصرى.

ولئن كان صحيحاً أن المحرر هنا لا يكون شيكاً بالمعنى القانونى، ولا يعدو أن يكون سنداً عادياً بالمديونية - إذنياً أو إسمياً أو للحامل - بحسبان أنه لا يتضمن أمراً بالدفع وإنما ينطوى على تعهد من البنك، (الذى هو التزام بإرادته المنفردة)، إلا أننا نرى أن القانون الواجب التطبيق عليه - متى تعلقت العملية بالتجارة الدولية - هو قانون محل الوفاء، أى قانون البنك. فمن تحديد معنى هذا النوع من الشيكات يظهر أن أداء البنك يعد هو الأداء المميز فى العملية ويكون لديه تنفيذ الالتزام وتركيزه، ويتفق وتوقعات الأفراد، ويحقق وحدة القانون الواجب التطبيق. زد على ذلك، أن تعهد البنك بالوفاء به يرتبط عادة بحساب مفتوح لدى البنك لمصلحة الساحب. والقول بتطبيق قانون محل الوفاء، أى قانون البنك على النظام القانونى لهذا النوع من الشيكات يعنى وحدة القانون المطبق على الشيك وعلى الاعتماد المفتوح لدى البنك تنفيذاً للوفاء بقيمة هذا الشيك.

ج - الشيك السياحى أو شيك المسافرين:

شيكات المسافرين^(١) هى شيكات تسحبها البنوك على الفروع التابعة لها أو على مراسليها فى الخارج لمصلحة المسافر الذى يزود بخطاب من البنك الساحب يحمل توقيع هذا المسافر لمضاهاة هذا التوقيع على التوقيع الذى يوضع على الشيك عند دفع قيمته^(٢).

(١) ومن الجدير بالإشارة أن الشيكات السياحية لا تخضع لقانون جنيف الموحد المتعلق بالشيك لسنة ١٩٣١.

(٢) الدكتور مصطفى كمال طه، القانون التجارى، ١٩٨٨، فقرة ٣٣٩ ص ٢٧٠.

ولئن كان من المسلم عند بعض فقه القانون التجارى أن هذا النوع من الشيكات تسرى بشأنه ذات القواعد والأحكام التى تسرى على الشيكات العادية^(١)، لكن يميزه مع ذلك ما له من خصوصية من حيث أنه يُعد من قبيل الشيكات الدائرة Chèques circulaires التى تُستحق الدفع فى جميع فروع البنك أو لدى مراسليه فى الخارج.

والسؤال الآن: هل يخضع الشيك السياحى شأن غيره من الأنواع المتقدمة لقانون محل الوفاء، أم أنه يخضع لقانون آخر مختلف نظراً لما يتميز به من كونه شيكاً دائرياً بالمعنى الذى حددناه؟.

نعتقد مع البعض^(٢) أنه لما كان هذا النوع من الشيكات شيكاً دائرياً، بمعنى أن يكون مستحق الدفع فى جميع فروع البنك أو لدى مراسليه، فإن الأداء المميز هنا لا يمكن تركيزه فى دولة الفرع أو المراسل لأنه لا يكون معلوماً إلا وقت التقدم إليه للمطالبة بتحصيل قيمة الشيك. والحال كذلك، فإن الأداء المميز يكون فى جانب البنك الساحب. ولا غرابة فى هذا الحل، فقد سبق أن قلنا بإعمال قانون البنك المصدر أو المنشئ للاعتماد - فى خصوص الاعتمادات المستندية - على ما يسمى بالاعتماد الدائرى خروجاً على الحكم العام فى الاعتمادات المستندية الذى يجعل أهلية الانطباق لقانون البنك المنفذ للاعتماد المستندى.

(١) الدكتور مصطفى كمال طه، المرجع السابق، وقارن مع الدكتور على جمال الدين عوض، عمليات البنوك، ١٩٨٩، سابق الإشارة إليه، فقرة ٧٧٣ ص ٩٢٨ وما بعدها.

(٢) Stoufflet، البنك وعمليات البنوك فى القانون الدولى، المرجع السابق، فقرة ١٣١.

المطلب الثالث العقود المتعلقة بعمليات الصرف (مبادلة النقود)

عمليات الصرف سواء تمت بين الأفراد والبنك أم بين البنوك فيما بين بعضها البعض هي عمليات مصرفية تثير - متى كانت متعلقة بالتجارة الدولية - تنازعا بين القوانين. وتبدو، بصدد هذه العمليات، الاعتبارات التي تسند تطبيق قانون البنك من القوة والأهمية بحيث يمتنع تصور إمكانية تطبيق قانون آخر بشأنها^(١). فالعمل يجرى عند غالبية الدول على إخضاع عمليات الصرف المتعلقة بالعملات الأجنبية لقواعد صارمة وأحكام أمره مصحوبة عادة بجزاءات جنائية تفرض عند المخالفة مما يضيف عليها صفة قوانين البوليس والأمن المدني. في ظل هذا التنظيم الأمر لمثل هذه العمليات لا تشغل إرادة الأطراف إلا دورا محصورا وضئيلا. أضف إلى ذلك، فإن عمليات الصرف تكون عادة مرتبطة ارتباطا وثيقا بآليات السوق في المكان الذي يتم فيه إجراء العملية^(٢). وفي الجملة "فإن العقود المتعلقة بالصرف تخضع لقواعد سمتها الصرامة والشدّة. فالتشريع المنظم لعمليات الصرف يعد مثالا نموذجيا لقوانين النظام العام الاقتصادي، ومن ثم يكون ملزما لكل العمليات التي تجرى في هذا الشأن على إقليم الدولة"^(٣).

(١) Stoufflet، المرجع السابق، فقرة ١٤٢، Gavalda، موسوعة القانون الدولي، المرجع السابق، فقرة ٨٨ - ٨٩.

(٢) استئناف باريس في ١٠ نوفمبر ١٩٦٢، J. C. P. ١٩٦٣ - ٢ - ١٣٠١٦.

(٣) Gavalda، المرجع السابق، فقرة ٨٨، Stoufflet، في:

J. cl. Banque et Bourse، Fasc. 6 N° 48، loussouarn et Bredin، op. cit.، N° 675، P. 744.

وانظر في القضاء الفرنسي:

Paris، 26 Oct. 1933، Rev. crit. 1934، P. 465؛ Paris 10 Nov، 1962، J. C. P. 1963 - 11 - 13016؛ Saigon، 2 Juill، 1954، Rev. Banque، 1955، P - 656.

الخاتمة

من الطبيعي أن يصاحب نمو التجارة الدولية وازدهارها فى العصر الحديث اتساع فى النشاطات المصرفية باعتبار هذه الأخيرة خادمة للأولى وسمة من سماتها. وإذا كان صحيحاً أن العمليات المصرفية الدولية، وبكل ما هى عليه من إتساع وانتشار، لا تطرح فى الواقع العملى حالات تنازع بين القوانين بالقدر الذى يناسبها إلا أن ذلك لا يعنى أن التنازع غير متصور أو أنه لا يثور. فذلك أمر لم يقل به أحد.

والعمليات المصرفية فى الجانب الأعظم منها هى بمثابة عقود، ولكنها عقود ذات طبيعة خاصة. ولذا ذلك من شأنه أن يظهر بداءة أمراً جوهرياً: أنه وإن كان الأمر - فى هذا الميدان - يطرح فى نطاق القانون الدولى الخاص إعمال ما يسمى "بقانون الإرادة"، وبحيث يكون للأطراف اختيار القانون الملئم لحكم عقدهم، إلا أن ما تتسم به هذه العقود من "خصوصية" وما لها من طبيعة "ذاتية" أمر من شأنه أن يقيد - إلى حد ما - من قانون الإرادة، فيعقله من الإطلاق، ويمنعه من الإسراف.

ومتى سلمنا بأن العمليات المصرفية هى فى غالبيتها بمثابة "عقود" فإنه يلزم ابتداءً حتى تثير تنازعا بين القوانين أن تكون لها صفة الدولية، وهو معنى حددناه من خلال المعيار القانونى المؤثر أو الفعال ذى الطبيعة النسبية التى تتباين من عقد لآخر. وهو معيار أفضى بنا فى خصوص العمليات المصرفية الدولية إلى اعتماد معيار "مكان التنفيذ" بوصفه المعيار المعتمد لتكييف العقد واعتباره دولياً فى كل مرة يتم فيها تنفيذ العقد فى الخارج كلياً أو جزئياً. واعتماد هذا المعيار يصاحبه على سبيل اللزوم والتأخى حركة انتقال الأموال بالمعنى الواسع عبر الحدود، وهو ما يطلق عليه جانب كبير من الفقه وأحكام القضاء "المعيار الإقتصادى".

على أن أبرز ما يجب أن يضعه الباحث في مقدمة اهتماماته في هذا الموضوع هو أنه لما لم تكن العقود المصرفية مجرد عقود عادية يقتصر أثرها على العلاقة بين أطرافها، وإنما هي عمليات لها وظيفة اقتصادية ومالية غاية في الأهمية داخل الدول، فإنها تحظى بتنظيم أمر في كل دولة يجعل من القواعد الحاكمة لها صفة "قوانين البوليس" أو القوانين ذات التطبيق المباشر أو الضروري. ولعل هذا التنظيم الأمر يتعايش مع منهجية التنازع ويتحقق الانسجام بين المنهجين إن أخضعنا العمليات المصرفية لقانون واحد.

ولا شك أن قانون المصرف هو الأكثر تأهيلاً للقيام بهذا الدور. فقانون المصرف هو قانون الوسط الذي يتم فيه الأداء المميز بالنظر إلى المهنة التي يمارسها، وهو قانون الوسط الاقتصادي "والتقني" الذي تنشأ فيه العملية المصرفية وتتم في الغالب تحت رعايته. ولعل الأهمية البالغة لقانون دولة المصرف القائم بالعملية من شأنها أن تقيد من نطاق قانون الإرادة في خصوص هذه العمليات نزولاً على حكم القوانين ذات التطبيق المباشر أو الضروري المنتشرة في هذا المكان.

وأياً كان الأمر، فإن الذي لا شبهة فيه أن المادة ١٩ مدنى مصرى المتعاقبة بالقانون الواجب التطبيق على العقود تبدو في جانب كبير منها، وبالأخص في ضوابطها الاحتياطية، غير ملائمة لحكم هذه العمليات. ومن هذا المنظور يقع على عاتق الفقه والقضاء القيام بهذه المهمة بحثاً عن ضوابط الإسناد الملائمة، وهو اجتهاد يتم في كنف القانون المصرى دون مشكلة من حيث "إثبات شرعيته" وذلك بنسبته إلى إرادة المشرع المصرى نفسها التى أودعها المادة ٢٤ مدنى التى تحت على الاجتهاد فيما لم يرد بشأنه إسناد تشريعى، وكذا إن كان الإسناد غير ملائم، وذلك بالرجوع إلى المبادئ العامة فى القانون الدولى الخاص.

وعند استعراض نماذج متعددة لعمليات البنوك لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها، ظهر أن الغلبة هي لتطبيق قانون المصرف. غير أن هذا القانون

يمكن أن ينازعه الحكم قانون آخر معه، يشاركه المجال ويخالطه الحدود. ويرجع ذلك إلى جملة اعتبارات منها أن بعض العمليات المصرفية مثل الاعتمادات المستندية تكون "ثلاثية العلاقات"، كل علاقة منها لها استقلالها وبحيث يصعب تصور تطبيق قانون واحد بشأنها. يضاف إلى ذلك أن العمليات التي تتم مع المصارف كثيراً ما يصاحبها عمليات أخرى مجاورة: الضمانات المصرفية، الإفلاس، والأدوات الفنية الأخرى التي تستخدم عادة لتنفيذ الائتمان المصرفي (وجود كمبيالة أو سند إذني أو شيك أو فتح حساب) وهي نظم قانونية يحكمها القانون الخاص بها. ولعله من هذا المنظور يتوجب على الباحث أن يُجرى عملية تحليل منتظمة من خلال أدوات القانون الدولي الخاص للوصول إلى غاية محددة: جذب شتات العمليات – بقدر الإمكان – تحت سلطان قانون واحد هو قانون المصرف القائم بالعملية.

ما تقدم كله كان حيث يتعلق الأمر بعملية مصرفية توافر فيها وصفان: وصف العقد من ناحية، ووصف الدولي من ناحية أخرى. فمنهجنا واضح في هذا الشأن: في العمليات المصرفية تكون العملية الواحدة غالباً عملية مركبة تتضمن أكثر من علاقة: العلاقة الأصلية التي بسببها قامت العملية المصرفية، وعلاقة بين العميل وبنكه (عادة يتواجد في دولته)، وعلاقة بين بنك العميل والبنك المراسل أو الفرع في الخارج، وعلاقة بين البنك المراسل والمستفيد. جميع هذه العلاقات عدا العلاقة الأخير لها الصفة العقدية ويحكمها القانون الخاص بها. والغالب بصدد هذه العلاقات أن تخضع لحكم المادة ١/١٩ مدنى. غير أن بعض هذه العلاقات – وهي التي يضطلع فيها البنك بالدور المحورى – لا تكون فيها الضوابط الاحتياطية الواردة في المادة ١/١٩ ملانمة. ومن ثم رأينا تطبيق قانون المصرف ذاته للاعتبارات القانونية والاقتصادية التي قدمناها وسندنا في ذلك هو نص المادة ٢٤ مدنى مصرى.

أما فى إطار علاقة البنك الأجنبى (المنفذ للعملية) والمستفيد فإننا انحرنا إلى تكليف محدد لهذه العلاقة وهى أنها إلزام على البنك ناشئ بالإرادة المنفردة، إلزام أساسه العرف التجارى كما قدمنا فى معرض هذه الدراسة.

وفى بيان ذلك قلنا إن هناك حالات عديدة - خاصة حيث يتعلق الأمر بعلاقة ثلاثية - كما هو الحال فى الاعتمادات المستندية وخطابات الاعتماد وخطابات الضمان - يكون إلزام المصرف فى مواجهة المستفيد مستقلاً قائماً بذاته وتكليفه الصحيح أنه إلزام بالإرادة المنفردة أنشأه العرف التجارى.

ولما كان القانون المدنى المصرى لم يتضمن قاعدة إسناد خاصة بالالتزام بالإرادة المنفردة فإن ذلك يعنى أن القاضى لن يتخلى عن واجبه الأساسى فى الخصومة وهو الفصل فيها، ومن ثم يتعين عليه أن ينشئ قاعدة إسناد وفقاً لما أمره به المشرع المصرى فى المادة ٢٤ مدنى وذلك بالرجوع إلى المبادئ العامة فى القانون الدولى الخاص.

وقد انتهينا بعد التحليل إلى أن قاعدة الإسناد الملائمة فى هذا الشأن هى القائلة بتطبيق قانون المصرف الملتزم، باعتبار أن فى هذا المكان سوف يتم تنفيذ العملية المصرفية ويتحقق الأداء المتميز والفذ من جانب البنك. كما انتهينا إلى أن هذه قاعدة إسناد مزدوجة الجانب.

يبقى أن نركز فى ختام هذه الدراسة على أمرين أولهما: أن هذه الدراسة تحتاج إلى دراسات أخرى ما تزال المكتبة العربية فى حاجة إليها خاصة بالقانون التجارى الدولى سيما وأن هذا العصر يشهد تطوراً مذهلاً فى عمليات التجارة الدولية. ورغم توحيد كثير من القواعد القانونية فى هذا المجال ورغم تغول القواعد ذات التطبيق الضرورى بشأنها إلا أن تنازع القوانين ما يزال يحتل مكانه ويشغل دوراً بارزاً يحتاج إلى جهد من الباحثين والمتخصصين فى هذا الفرع من الدراسات.

ثانيهما: إذا كان الفقه المصرى الحديث - كما يقول الأستاذ أميه علوان - قد تصدى لموضوع القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية الدولية

وبصفة خاصة "الضمانات البنكية بمجرد الطلب" La granantie bancaire á première demande فإن الفقه العربى لم يتناول بالبحث هذا الموضوع. ومع ذلك " فإن فى الإمكان تعدية هذه الحلول التى قال بها الفقه المصرى إلى التشريعات العربية وذلك أمر ميسور بالنظر للتشابه القائم بين النصوص القانونية المتعلقة بتنازع القوانين فى مصر وبعض الدول العربية من ناحية، وبالنظر إلى التأثير العميق للفقه المصرى على الأنظمة القانونية والاتجاهات الفقهية فى بعض الدول العربية من ناحية أخرى".^(١)

وإننا لنترجو لهذا الفقه المصرى أن يسود أو بالأدنى يفتح باب البحث والدراسة أمام الفقه العربى للإضافة إلى هذا الموضوع الجدير بالعبارة والاهتمام.

(١) الأستاذ أمية علوان، مقاله السابق، دروس لاهى، ١٩٩٨، ص ٢٠٤.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية:

- الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولي الخاص. الجزء الثانى (الكتاب الأول)، ١٩٩١.
- الدكتور إبراهيم دسوقى أبو الليل: البيع بالتقسيط والبيع الائتمانية الأخرى، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٨٤.
- الدكتور أحمد جامع: العلاقات الاقتصادية الدولية، الجزء الأول، الطبعة الثانية ١٩٨٠.
- الدكتور المستشار أحمد حسنى: قضاء النقض التجارى (المبادئ التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً من ١٩٢١ - ١٩٨١)، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٨٢.
- * قضاء النقض البحرى، الطبعة الثانية، منشأة المعارف الإسكندرية (غير مذكورة فيه سنة الطبع).
- الدكتور أحمد شرف الدين: فكرة القانون الاقتصادى، دراسة فى التحولات الاقتصادية للقانون، القاهرة ١٩٨٨.
- الدكتور أحمد صادق القشيري: الاتجاهات الحديثة فى تعيين القانون الذى يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولى المجلد ٢١، ١٩٦٥.
- الدكتور أحمد عبد الحميد عشوش: تنازع مناهج تنازع القوانين، دراسة مقارنة ١٩٨٨.
- الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة: القواعد ذات التطبيق الضرورى وقواعد القانون العام فى القانون الدولى الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٥.
- الدكتور أحمد قسنت الجداوى: نظرية القوانين ذات التطبيق الضرورى ومنهجية تنازع القوانين (مستخرج من مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العددان الأول والثانى، يناير ويوليو ١٩٨١، السنة الثالثة والعشرون.

- الدكتور أحمد محمد الهوارى: القانون الدولى الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدوليين، ١٩٩٢.
- الدكتور إسماعيل غانم: فى النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، مكتبة عبد الله وهبة، ١٩٦٦.
- الدكتور السيد عبد المولى: النظم النقدية والمصرفية مع دراسة خاصة للنظام النقدى والمصرفى المصرى، دار النهضة العربية ١٩٨٨.
- التشريعات الاقتصادية، دار النهضة العربية ١٩٩٠.
- الدكتور السيد محمد اليمانى: الاعتماد المستندى، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ١٩٧٤.
- الدكتور بدر الدين عبد المنعم شوقى: الوسيط فى القانون الدولى الخاص، الجزء الثانى فى تنازع القوانين، الاختصاص القضائى الدولى ١٩٩١.
- * العمل غير المشروع وأثره بين الفقه الإسلامى والقانون الدولى الخاص، القاهرة، ١٩٨٨.
- الدكتور حسنى المصرى: القانون التجارى، عمليات البنوك ١٩٨٧.
- الدكتور حسام الدين فتحى عبد اللطيف ناصف: مركز قانون القاضى فى حكم المنازعات الخاصة الدالية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس ١٩٩٠.
- الدكتورة حفيفة السيد الحداد: القانون القضائى الخاص الدولى، الإسكندرية ١٩٩١.
- الدكتورة حياة شحاته: مخاض الانتماء فى البنوك التجارية، ١٩٩٠.
- الدكتور جمال مرسى بدر: دراسات فى النظرية العامة للنيابة، حول مشروع المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص، مجلة كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية (العددان الأول والثانى) السنة الثانية ١٩٥٨ - ١٩٥٩.

- الأستاذة جورجيت صبحى عبده قلينى: مبدأ الاستقلال فى الاعتماد المستندى، دار النهضة العربية ١٩٩٢.
- الدكتورة زينب السيد سلامة: دور البنوك فى الاعتمادات المستندية من الوجهة القانونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية.
- الدكتور سامى بديع منصور: المختصر فى القانون الدولى الخاص، تقنية حل النزاعات الدولية الخاصة والحلول الخاصة لتنازع القوانين، بيروت ١٩٩١.
- الدكتورة سامية راشد: دور التحكيم فى تدويل العقود، دار النهضة العربية ١٩٩٠.
- الدكتور سليمان بوزياب: النقل المصرفى (عمليات التحويل الداخلى والخارجى) الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٥.
- الدكتورة سميحة القليوبى: الأسس القانونية لعمليات البنوك، مكتبة عين شمس، ١٩٩٢.
- * عقود الوكالات التجارية والسمسرة والرهن التجارى، دار النهضة العربية، ١٩٨٠.
- الدكتور سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٨٦.
- الدكتور سيد أحمد عبد الخالق: البنوك التجارية وأزمة المديونية العالمية مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة (غير مذكورة فيه سنة الطبع).
- الدكتور صلاح محمد المقدم: تنازع القوانين فى سندات الشحن ومشارطات إيجار السفن (دراسة مقارنة فى القانون البحرى)، الدار الجامعية بيروت، (لم يذكر فيه سنة الطبع).
- الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى، دار إحياء التراث العربى، بيروت.

- الدكتور عبد الفضيل محمد أحمد: القانون التجارى، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة ١٩٩١.
- * بورصات الأوراق المالية، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة.
- الدكتور عز الدين عبد الله القانون الدولى الخاص، الجزء الثانى فى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدوليين، الطبعة التاسعة، دار النهضة العربية ١٩٨٦.
- الدكتور عصام الدين القصبى: النظام القانونى للعمليات المصرفية الدولية، دراسة تطبيقية خاصة بالاعتمادات المستندية، ١٩٩٢.
- الدكتور على البارودى: العقود وعمليات البنوك التجارية، منشأة المعارف الإسكندرية ١٩٧٥.
- الدكتور على البارودى والدكتور محمد فريد العرينى: القانون التجارى - العقود التجارية والعمليات المصرفية دار الجامعة الجديدة ٢٠١١.
- الدكتور على جمال الدين عوض: خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية ١٩٩١.
- عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ١٩٨٩.
- عمليات البنوك من الوجهة القانونية، الطبعة الثالثة (دار النهضة العربية)، ٢٠٠٠.
- الاعتمادات المستندية، دراسات للقضاء والفقهاء المقارن وقواعد سنة ١٩٨٣ الدولية (دار النهضة العربية) ١٩٨٩.
- الوجيز فى القانون التجارى، دار النهضة العربية ١٩٨٢.
- الدكتور عوض الله شيبه الحمد المراعى: عقود المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية لخاصة، دار النهضة العربية ١٩٩٣.
- الدكتور عونى حسنى بدر: التحويل المصرفى، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٧٩.

- الدكتور غسان رباح: العقد التجارى الدولى، العقود النفطية، الطبعة الأولى، لبنان، دار الفكر اللبنانى ١٩٨٨.
- الدكتور فايز رضوان: بطاقات الوفاء، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة ١٩٩٢.
- فريد الصلح وموريس نصر: المصرف والأعمال المصرفية، بيروت الأهلية للنشر والتوزيع (لم يذكر فيه سنة الطبع).
- الدكتور فؤاد ديب: القانون الدولى الخاص، تنازع القوانين، المطبعة الجديدة، دمشق ١٩٨٥، ١٩٨٦
- الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض بالاشتراك مع الدكتورة سامية راشد: الوسيط فى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٢.
- الدكتور فؤاد مرسى: مشكلات الاقتصاد الدولى المعاصر، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٨٠.
- الدكتور فوزى محمد سامى: شرح قانون التجارة العراقى الجديد فى الأوراق التجارية، الطبعة الأولى، مطبعة الزهراء، بغداد ١٩٧٢.
- الدكتور ماهر إبراهيم السداوى: القانون الدولى الخاص، الجزء الأول، فى تنازع القوانين، ١٩٧٩.
- الدكتور محسن شفيق: القانون التجارى المصرى، الأوراق التجارية، الطبعة الأولى دار المعارف بالإسكندرية، ١٩٥٤.
- الدكتور محمد حسنى عباس: عمليات البنوك، دار النهضة العربية، ١٩٧٢.
- الدكتور محمد خالد عبد القادر الترجمان: النظام القانونى للقروض الدولية للتنمية فى الدول العربية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٨٨.

- الدكتور محمد زكى المير: مقدمة فى الاقتصاديات الدولية واقتصاديات النقود، دار النهضة العربية، ١٩٨٣.
- الدكتور محمد زكى شافعى: مقدمة فى النقود والبنوك، الطبعة السابعة (دار النهضة العربية) ١٩٧٧.
- الدكتور محمد كمال فهمى: أصول القانون الدولى الخاص، الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية ١٩٨٠.
- الدكتور محيى الدين إسماعيل علم الدين: منصة التحكيم التجارى الدولى، الجزء الأول ١٩٨٦.
- موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية - الجزء الثانى، ١٩٨٧.
- أضواء على القواعد والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية، ١٩٨٤.
- الدكتور مراد فهميم: القانون التجارى، العقود التجارية وعمليات البنوك، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٢.
- الدكتور مصطفى رشدى شيحة: الاقتصاد النقدى والمصرفى، الدار الجامعية، ١٩٨٥.
- الدكتور مصطفى كمال طه: القانون التجارى (الأوراق التجارية - العقود التجارية، عمليات البنوك، الإفلاس)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٨٨.
- القانون التجارى اللبناني، الدار الجامعية، بيروت ١٩٨٣.
- القانون التجارى - الأوراق التجارية - العقود التجارية وأعمال البنوك - الإفلاس، دار المطبوعات الجامعية ١٩٩٩.
- الدكتور مصطفى محمد الجمال: النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الإلتزام ١٩٨٥.

- الدكتور منصور مصطفى منصور: مذكرات فى القانون الدولى الخاص، القاهرة ١٩٥٦، ١٩٥٧.
- المستشار الدكتور منير عبد المجيد، تنازع القوانين فى علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩١.
- * حول مفهوم القانون المحدد بمعرفة الأطراف فى العقود الخاصة الدولية – المحاماة العددان السابع والثامن، سبتمبر – أكتوبر ١٩٩١، السنة الحادية والسبعون.
- الدكتورة نجوى أبو الخير: البنك والمصالح المتعارضة فى الاعتماد المستندى، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ١٩٩٠.
- الدكتور هانى محمد دويدار: العقود التجارية، فى العمليات المصرفية، الإسكندرية ١٩٩٢.
- الدكتور هزار سليمان حيدر: الضمانات المصرفية التعاقدية فى نطاق التجارة الدولية، دراسة مقارنة، بيروت، اتحاد المصارف العربية ١٩٨٩.
- الدكتور هشام على صادق: تنازع القوانين (دراسة مقارنة فى المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة فى التشريع المصرى)، الطبعة الثانية، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٧٤.
- مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين فى العلاقات الخاصة الدولية، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية ١٩٨٧.
- القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دروس لطلبة دبلوم القانون الخاص، حقوق الإسكندرية ١٩٩٢ – ١٩٩٣.
- الموجز فى القانون الدولى الخاص، تنازع القوانين، الفنية للطباعة والنشر، ١٩٩٣.
- المستشار الدكتور يوسف الأكيايى: النظام القانونى لعقود نقل التكنولوجيا فى مجال القانون الدولى الخاص، رسالة دكتوراه، الزقازيق ١٩٨٩.

1- OUVRAGES GENERAUX

- Ancel (B.) et lequette (Y.), Grarands arrêts de la jurisprudence Française de droit international privé, Sirey 1987.
- Arminjon (P.): précis du droit international privé commercial, Dalloz, 1948.
- ARMINJON (P.) et CARRY (P.): Le droit international du change. La lettre de change et le billet á ordre, Paris. 1938.
- BARTIN (E.): Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises, T. II. Paris, 1932.
- BATIFFOL et LAGARDE: Droit international privé, 7ème. Paris, T.1. 1981. T. 11.1983.
- BOUTERON (J.): Les statut international du chèque, Paris. 1934.
- La jurisprudence de cheque, Paris, 1937.
- BROCHER: cours de droit international privé. T. II. 1981
- CHSEHIRE and NORTH: Private international law, 10th éd., London, 1979.
- DESPAGNET (F.): Précis de droit international privé, 5ème éd., par ch. DE BOECK, Paris, 1909.
- DICEY and MORRIS: The conflict of laws, 9th éd. London 1973.
- ESCARA (J.): Cours de droit commercial, 2ème éd., Pa. 1952.
- FERRONNIERE (J.) et CHILIAZ (D): Les opérations de Banque, 6ème éd. Dalloz, 1980.
- GAVALDA (Ch.): La carte de paiement, Economica, 1980
- GAVALDA (Ch.) et STOUFFLET (J.): Droit de la Banque Thémis, 1974.

- NIBOYET (K. P.): Traité de droit international privé français, 6 vol., T.I 2^{ème} éd., (1974); T. III, (1944); T.IV, (1947); T.V, (1984); T.VII, (1947); T.VI-II, (1950).
- PERCEROU et BOUTERON: La nouvelle législation française, et internationale de la lettre de change, du billet à ordre et du chèque.
- T.I., la lettre de change et le billet a ordre, Paris, 1937.
- T.II, le chèque, Paris, 1951.
- PILLET (A.): Traité pratique de dorit international privé, 2 vol., Paris, T.I, 1923, T. II, 1924.
- PUECH (J.): Les differentes fonctions du credit documentaire selon les nouvelles régles et usances, 1983, T.J.C. 1985, n^o speciale, P. 18 ets.
- RANOUIL (V.): l'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept, press universitaire de Franc, 1980.
- RIPERT (G) et ROBLOT: Traité de droit commercial, Tome 2, 12^{ème} éd.
- RIVES LANGE (J.L.) CONTAMINE RAYNAUD (M.): Droit bancaire, 5^e éd., précis Dalloz, 1990.
- ROBLOT (R.) et RIVES-LANGE (J.L.): Droit bancaire, 3 éd. Dalloz 1980.
- SAVATIER (R.): Cours de droit international privé, 2^{ém} éd., Paris, 1953.
- SAVATIER (P.): Cours élémentaire de droit international privé, 7^{ème} éd., Paris, 1925.
- TYAN (E.) Précis de droit international privé, 2^{ème} éd., Beyrouth, 1966.
- WEISS (A.): Traité théorique et pratique de droit intetnationl privé, 6 vol. Paris, 1907-1913.
- Manuel de droit international privé, 9^{ème} éd. Paris 1925.

II- OUVRAGES SPECLAUX, THESES, COURS

- ARMINJON: La notion de droits acquis en droit international privé, Rec., cours la Haye, 1931, II, Vol. 44.
- BASEDOU (K.H.), Le droit international des assurances, Paris (Librairie générale de droit et de Jurisprudence) 1939.
- BATIFFOL (H.): Les conflits de lois en matière de contrats. Etude de droit comparé, Paris, 1938.
- Aspects philosophiques du droit international privé, paris, Dalloz, 1956.
- Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux. Rec. Cours. La Haye, 1976-1, Vol. 120, P. 169 ets.
- BLOCH (P.): Les lettres de change et billets à ordre dans les relations commerciales internationales, Etude comparative de droit cambaire français et américain Préf, Fouchard (p h), Paris, Economia, 1986, (Collection Etudes juridiques comparatives).
- CARRY (P.): Les effets des obligations cambaires en droit international privé, Recueil des travaux publiés par la Faculté de droit de Genève, 1938. P. 109-148.
- CHAPELLE (A.): Les Fonctions de l'ordre public en droit international privé, thèse, Paris 1979, 2 vol. dacty.
- CHEMALY (T.): Conflits des lois en matière d'effets de commerce, thèse, Paris, 1981.
- DAIGRE (J.T.): Aspects de droit international et droit compare en matière de cartes de paiement et crédit, in les nouveaux moyens de paiement, Economica, 1986.
- DEBY GERARD (F.): Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapport intenationaux, thèse, Paris, 1971, éd. Dalloz 1973.
- DELAPORTE (V.): Recherches sur la forme des actes jaridiques en droit international privé, thèse Paris-II, 1974, dactey.

- DURAND (J.): Les conflits de lois en matière de lettre de change et de billet à ordre, thèse (dactyl) Nancy, 1950.
- GAUDEMONT-TALLON (H.): La reconnaissance de jugements étrangers portant sur une somme d'argent en matière civile et commerciale, Revue internationale de droit comparé, 1986. P. 483-509.
- GAVALDA (Ch.): Les conflits dans le temps en droit international privé, thèse, Paris, Sirey, 1955.
- GLENN (H.): La capacité de la Personne en droit international privé français et anglais, 1973, préf. De J.M. BISCHTOFF.
- GOLDMAN (B.): Les conflits de lois en matière d'instruments négociables, Rapport à l'International Bar Association, Third conference of the legal profession (London July 19-26, 1950) La Haye, 1952, P. 300-316.
- HACHEM MOHAMED LARBI: Recherches sur la loi applicable aux opérations internationales de Banque, thèse, Paris, 1973.
- HAGE-CHAHINE (F.): Les conflits de lois dans l'espace et dans le temps en matière de prescription, 1977. préf. H. BATIFFOI.
- HECKE (G.): Problèmes juridiques des emprunts internationaux, 2^{ème} éd., 1974.
- HEUZÉ (V.), La réglementation Française de contrats internationaux, étude critique des méthodes, Joly, 1990.
- JACQUET (J.M.): principe d'autonomie et contrats internationaux, economica, Paris 1983.
- KARAQUILLO (J.P.): Etude de quelques manifestations de lois d'application immédiate dans la jurisprudence Française de droit international privé, Thèse éd., P.U.F. 1977.
- KAUFFMAN (J.): Les conflits de lois en matière de lettre de change, thèse, Paris. 1958.

- KHAIRALLAH (E.): Les sûretés mobilières en droit int., privé, Economica, 1984.
- JOBARD-BACHELLIER (M.N.): L'apparence en droit international privé, thèse, Paris, 1984, Préface LAGARDE.
- La PRADELLE (G.de): Les conflits de lois en matière de nullité. 1967 préf. H. BATIFFOL.
- MATTOUT (J.P.): Droit Bancaire international, la revue Banque, 1987.
- MATTOUT (N.): LE credit documentaire Beyrou, 1985.
- MESTRE (M. CH.): La convention de la Haye de 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et a la représentation, thèse (3ème cycle) Paris dactyl. 1981.
- Omia Elwan, la garantie bancaire a primier demand, Rocueil des cours, 275 (1998), P. 13 et ss.
- SALAMA (A.A.): Les conflits de lois en matière de prêt internationax, thèse, Paris dactyl. 1981.
- SOTUFFLET (J.), Le credit documentaire, étude juridique d'un instrument Financier du commerce internatinal thès, Dijon, Librairies techniques, 1957.
- STOUFFLET (J.), Problèmes juridiques poses par l'activité des banques étrangères en France, éd. P.U.F. 1975. >
- TAUBIANA (A.): Le domaine de la loi du contrat en droit international privé (contrats internationaux et dirigisme étatique) thèse, Paris, éd. Dalloz 1972.
- Vassilkakis, (E.): Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Eurpoe, Librairi générale de droit et de jurisprudence, 1987.
- VAUTHIER (M.): Sens et application de la règle locus Rgit Actum. these, Bruxelles, 1926.

III- ARTICLES, RAPPORTS

- ALFONSIN, (Q): Contribution à l'éuded de la relation juridiques en droit international privé, dans mélanges offerts a Jaques Maury, T.I, Paris 1960, P. 28 ets.

- ARMINJON (P.): Les lois politiques et le droit international privé, Revue, 1930, 585 et s.

ثانياً: المراجع الأجنبية (مؤلفات عامة ورسائل وأبحاث ومقالات):

- AUBERT (J.F.): Les contrats internationaux dans la doctrine et la jurisprudence suisses, Rév. Crit. 1962, P. 19 ets.
- Secrets et responsabilité des banques suisses envers les héritiers, semaine judiciaire, Geneve, déc. 1964, P. 33 ets.
- BATTIFFOL (H.): Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats, choix d'articles, 1976, P. 249-263.
- L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence française, choix d'articles, 1976, P. 265-269.
- Rép. Dalloz dr. intern. Vis contrats et conventions, obligations.
- BATTIFFOL (H.): Les conflits de lois en matière de contrats dans la communauté économique européenne, les problèmes juridiques et économiques du Marché commun, colloque de Faculté de droit, Paris 1960.
- BATTIFFOL (H.): Crédits et conflits de lois in Etude offertes à Roger Hauin, Ed. Dalloz, Sirey 1985, P. 233.
- BONELLI(F.): La convention de Rome du 19 Juin 1980 et la loi applicable aux opérations bancaires, R. D. A. I, 1985, P. 389 ets.
- CABRILLAC (H.): Rép. Dalloz dr. Com. Vo chèque.
- CALEB (M.): Rép. Lapradelle et Niboyet, T. X., Vo. Titre à ordre.
- CASSANDRA SULPASSO: Affacturage à l'exportation: une réglementation unifrome est – elle possible? Rév. Trim. Dr. com. 1984, P. 639 etss.

- CASTEL (J. E.): Commentaire sur certaines dispositions du code civil du Québec se rapportant au droit international privé, *clunet* 1992, P. 225 ets.
- DAYANT(R.): *Rép. Dalloz dr.int., Vo, prescription civile.*
- DELAUME (G. R.): *What is an international contract? Q. L. R. Vol. 28, 1979.*
- DE NOVA (R.): *Conflits de lois et normes fixant leur proper domaine d'application, Mélanges J. Maury, T. I, Dalloz, Sirey, 1960, P. 377 ets.*
- ECK (J. P.): *Rép. Dalloz. Dr int. Vo paiement.*
- ECK (J. P.): *Problèmes actuels du droit monétaire, Trav. Com. Fr.dr. intern. Privé 1969 – 1971, P. 81 – 98.*
- FOUCHARD (Ph.): *La loi Française et les opérations bancaires liées à l'activité internationale, R. J. C. n° special février 1984, P. 68 ets.*
- * *Quand un arbitrage est il international, Rév. crit. 1970, P. 59 ets.*
- FOYER (J.): *Entrée en vigueur de la convention du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, clunet 1991, P. 601 ets.*
- FRANCECAKIS (Ph.): *"Quelques précisions sur les lois d'application immediate et leur rapports avec les règles de conflits de loi" Rev. crit. 1966. 1.*
- *Rep. Droit internat. Dalloz "Vo Qualification", Capacité, Conflits de lois (principes generaux).*
- FRANCECAKIS et SIMON – DEPITRE: *Rép. Dalloz dr. com. Vis Effets de commerce, lettre de change, billet à ordre, chèque.*
- FREYMOND (P.): *"Questions, international". Rec. des cours de l'Academie de Dr. Internat. 1970, T. III, 131, P. 1 ets.*

- FREYRIA (Ch): La notion de conflit de lois en droit public, Trav. Com. Fr. dr. int. privé 1962 – 1964, P. 103 ets.
- GAVALDA (Ch.): Banque et étaablissement Financiers Rép. Dalloz dr. int.
- L'efficacité Juridique en France de l'excutive order du president carter (gelant" Les avoirs officieles iraniens, Gaz, pal. 1979, doct. II, P. 645.
- L'implantation bancaire Française en république Arabe d'Egypte: résultats et perspectives, in "le role des Banques étrangères et Françaises en Égypte, colloque organisée par le centre de documentation d'Etude juridiques, Economiques et sociales, 8 ème année, Le caire, Juin 1979, Bull. De centre, 1979, n° 9, P. 32.
- GAVALDA et STOUFFLET: La limitation des taux d'interêt conventionnels par la loi du 28 déc. 1966, J. C. P. 1968 – 1, 2171.
- GIAVITI: Les blocages des avoirs officiels iraniens par les Etats – unis (Excutive order du 14 Novembre 1979), Rev. crit. 1980, P. 279 ets.
- GOLDMAN (B.): La lex mercatoria dans les contracts et l'arbitrage internationaux, clunet 1979, P. 475.
- Gothot (P.): Le renouveau de tendance unilateraliste en droit international privé, Ré. Crit., 1971, P. 209 ets, et P. 417 ets.
- GRAULICH (P.): Règles de conflit et règles d'application immediate, Mélanges J. Dabin, Paris, Sirey, T. II, 1963 P. 629 ets.
- HAMEL: Les formes internationales des credits bancaires, cours la Haye, 1935, P. 1205 ets.

- HECKE (V.): Crédits bancaires Internationaux et conflits de lois, Droit et pratique du commerce international, 1977, P. 497 ets.
- HOLLEUAX (D.): Rép Dalloz dr. intern. Vo cession de creance.
- JACUEMONT (A.): Le contrat d'euro – credit: un contrat à contenu variable, clunet 1979, P. 34 ets.
- KEGEL (G.): "Les opérations de banque en Droit international privé allemand", Colloque de Droit international bancaire de la Faculté du droit et des sciences économique (18 – 30 Mars 1965), Université de Clermont – Ferrand, Annals de la Faculté 1965. Fasc. 2P. 176 etss.
- *"The crisis of copnflct of laws", Rec. cours, La Haye, 1964, Vol. III, P. 95 ets.
- KNOEPFLER (F.): Le contrat dans le nouveau droit intertnational privé Suisse, in le nouveau Droit int. pr. Suisse, publication CEDIDAC, Lausanne 1988.
- HUIN (A.): "Les effets de commerce en droit international". Rec. cours La Haye, 1925 – III, vol. 8, P. 129 à 201.
- LALIVE (P.): Tendances et methods en droit international privé, cours La Haye, 1977, T. 155. 1.
- LAGARDE (P.): Le nouveau droit international privé des contrats après l'enrtree en vigueur de la convention de Rome du 19 Juin 1980, Rév. Crit. 1991, P. 287 ets.
- *Le principe de proximité dans le droit international privé, cours general, Rec. Cours la Haye, 1986, T. I. Vol. 196, P. 25 et s.
- LOUIS LUCAS (P.): La liberté contractuelle et le droit international privé français, Melanges Dabin, T. II, sirey 1963 p. 762 ets.

- * La distinction de Fond et de la Forme dans le règlement des conflits de lois, *Mélanges Maury* T. 1, 1960, P. 175 – 209.
- LOUSSOUARN (Y.): "La convention de la Haye d'Octobre 1985 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandise", *Rev. crit.* 1986 P. 271.
- LOUSSOUARN et BREDIN: *Rép. Dalloz dr. intern., Vis Effets de commerce, chèque.*
- MALAURIE (Ph.): "Le droit monétaire dans les relations privées internationales". *Rec. cours la Haye, 1978 – II, Vol. 160, P. 265 – 333.*
- MALAURIE (Ph.): *Les obligations libellées en monnaies étrangères, Trav. Com. Fr. dr. intern. Privé 1975 – 1977, P. 17 – 33.*
- MAYER: *Les lois de police étrangères, clunet 1981, P. 277 ets.*
- MESTRE (J.): *Les conflits de lois relatifs aux sûretés personnelles, Trav. Com. Fran. Dr. int. pri. 1986 – 1988 P. 57 ets.*
- NEUMAYER (K.H): "Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations", *Rev. crit.* 1957. 579, 1958. 53 ets.
- NIBOYET (J. P): *La théorie de l'autonomie de la volonté", Rec. des cours 1927. 1. 57.*
- OPPETIT(B.): "La Coopération interbancaire internationale", *Trav. Du Com. Fr. de Dr. Inte. Pr. 1975 – 1977.*
- RABINOVITCH: "Vers une définition nouvelle du contrat international", *Gaz – Pal. 1956. 1. Doct – p. 37.*
- *Droit monétaire et contrôle des changes à propos de L'arrêt de la cour de cassation du 4 Novembre 1958", D. P. 1959. 1. Doct. 79.*

- ROBILOT, (R.): Rép. Dalloz dr. Com. Erac, Vis lettre de change, Billet à ordre.
- POCAR (F.): La protection de la partie faible en droit international privé, Rec. cours la Haye, 1984, P. 339 ets.
- SCAPIRA (J.): "Le cheque", in: Juris – classeur dr. intern. Fasc. 567- B.
- Effets de commerce, Juris – classeur dr. intern. Fasc. 567 – A.
- 2ème session: Chèques, Doc. No. official C. 294.
- SCHNITZER (A. F.): "Les contrats internationaux en Droit privé Suisse" Rec. de Cours, 1968. Tome 123, P. 545 ets.
- SUNAY–CYTERMANN (A.), Les conflits de lois concernat l'opposabilité des transferts de créance, Rév. Crit. 1992, P. 35 ets.
- SPERDUTI (G): Droit international privé et droit public étranger, clunet 1977, P. 5ets.
- * Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public, Rev. crit. 1977, P. 257 ets.
- STOUFFLET (J.): "Les conflits de lois en matière d'opérations de banque", Colloque de Droit international bancaire de la Faculté du Droit et des sciences économique (18 – 30 Mars 1965), Université de Clermont – Ferrand, Annal de la faculté 1965.
- Communication au comité Français de Droit international privé, Trav. Com. Dr. int. privé 1966 – 1969 "Les conflit de lois en matière de credit bancaire", P. 91 ets.
- "Les préfinancement des ventes internationaux de marchandises", J. C. P. 1968. 1. 2159.
- "Le credit documentaire", J. C. P. 1973. 1. 11.

- "Banque et opérations de banque", J. cl. Banque et credit, Fasc. 120.
- Banque et opération de banque, J. cl. Dr. int., Fax. 566B.
- Les Cartes de credit en France in Etudes de droit contemporain, Paris 1970, P. 208 ets.
- La garantie bancaire à première demande, clunet 1987, P. 265 ets.
- VITTA (E.): Cours général de droit international privé, Cours la Haye, 1979, P. 1 etss.
- ZWEIGERT (K.): Droit international privé et droit public, Rev. crit. 1965, P. 645 ets.

محتويات الكتاب

الصفحة	الموضوع
٣	تقديم الطبعة الثانية
٥	مقدمة
الباب الأول	
١٣	قانون الإرادة يحكم العقود اللوية
١٥	المبحث الأول: الاتجاهات الفقهية لضبط مفهوم قانون الإرادة
١٦	المطلب الأول: نظرية التركيز "الموضوعية"
١٦	- مضمون النظرية
٢٣	- النظرية فى ميزان التقدير
٢٦	المطلب الثانى: نظرية الإزدواجية
٣٨	المبحث الثانى: المشرع المصرى يكرس "قانون الإرادة"
٤٠	المطلب الأول: صور الاختيار
٤٠	أولاً: الاختيار الصريح
٤٠	ثانياً: الاختيار الضمنى
٤٢	قيد على الإرادة الضمنية
٤٥	قيمة هذا الاشتراط من الناحية العملية
٤٦	أمثلة تكشف عن الإرادة الضمنية المؤكدة
٤٩	المطلب الثانى: وقت اختيار القانون الذى يحكم العقد
٥١	المطلب الثالث: اختيار أكثر من قانون لحكم العقد
٥٦	المطلب الرابع: مدى تطلب وجود رابطة بين العقد والقانون المختار
٥٨	- موقف القانون المصرى
٦٦	المطلب الخامس: عدم اختيار قانون يحكم العقد
٦٦	- الاتجاه الأول: وهو اتجاه يمكن نعتة بالعمومية والجمود

- ٦٩ - الاتجاه الثانى: وهو اتجاه يقوم فيه القاضى وليس المشرع بعملية التركيز "الموضوعية"
- ٧٠ - الاتجاه الثالث: منهج الأداء المميز القائم على التركيز الموضوعى الذى لا دور فيه للإرادة
- ٨٣ **المبحث الثالث: عقود المعاملات المالية الدولية**
- ٨٨ **المطلب الأول: المعيار القانونى فى الفقه والقضاء**
- ١٠١ **المطلب الثانى: المعيار الاقتصادى**
- ١٠٤ **المطلب الثالث: الجمع بين المعيارين القانونى والاقتصادى والحل الذى نرجحه**
- ١١١ **الباب الثانى**
- ١١١ **القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية الدولية**
- ١١١ تقديم وتقسيم
- ١١٣ **الفصل الأول: انطباق قانون المصرف بمقتضى قانون الإرادة**
- ١١٣ **المبحث الأول: قانون الإرادة ومكانة قانون المصرف فى شأن عمليات المصارف ذات الطبيعة العقدية**
- ١١٤ **المطلب الأول: الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق**
- ١١٧ **المطلب الثانى: الحكم حيث لا يكون الاختيار صريحاً**
- ١١٨ **الفرع الأول: القضاء الفرنسى ودور قانون المصرف فى حكم العمليات المصرفية الدولية**
- ١٢٤ **الفرع الثانى: تطبيق قانون المصرف بوصفه قاعدة إسناد احتياطية مكملة لقانون الإرادة المختار صراحة أو ضمناً بصورة مؤكدة**
- ١٧٠ **المبحث الثانى: القانون الذى يحكم العمليات المصرفية التى يلتزم فيها المصرف بإرادته المنفردة**

	المبحث الثالث: تطويع نص المادة ١/١٩ بشأن العمليات المصرفية
١٧٩ بالاستعانة بحكم المادة ٢٤ مدنى
١٨١ منطبق الاستناد إلى نص المادة ٢٤ مدنى
١٩٣	الفصل الثانى: انطباق قانون المصرف بمقتضى قوانين البوليس ذات التطبيق الضرورى
١٩٥ المبحث الأول: النظرية العامة لقوانين البوليس
١٩٩	أولاً: منهجية القواعد ذات التطبيق المباشر وعلاقتها بمنهجية التنازع
٢١٧	ثانياً: كيفية الوقوف على القوانين ذات التطبيق الضرورى
٢٢٣	المبحث الثانى: تطبيق قانون البنك بوصفه من قوانين البوليس
٢٢٥	المطلب الأول: تطبيق قانون البوليس المصرفية الوطنية
٢٣٦	المطلب الثانى: تطبيق قوانين البوليس المصرفية الأجنبية
٢٤٥	الفصل الثالث: الحسابات المصرفية الدولية
٢٤٥	المبحث الأول: عقد فتح الحساب المصرفى
٢٤٨	المبحث الثانى: التحويل المصرفى الدولى
٢٦٠	المبحث الثالث: القانون الذى يحكم الحساب الجارى ذى الطبيعة الدولية
٢٦٦	أولاً: القانون الواجب التطبيق
٢٨٠	ثانياً: نطاق تطبيق قانون البنك
٢٨٧	الفصل الرابع: الاعتمادات المصرفية الدولية
٢٨٧	المبحث الأول: بعض صور الاعتمادات المصرفية الدولية
٢٨٧	المطلب الأول: عقد القرض المصرفى الدولى

٢٨٨	أولاً: القانون الذى يحكم عقد القرض المصرفى الدولى
٢٩٣	ثانياً: ملاحظات على القانون الذى يحكم عقد القرض المصرفى
	ثالثاً: صورة خاصة لاستخدام القرض المصرفى والقانون الذى
٢٩٩	يحكمها
٣٠٠	رابعاً: الحل الذى نرجح العمل به فى القانون المصرى
٣٠٣	المطلب الثانى: عقد الخصم الدولى
٣١٨	المطلب الثالث: العقد الدولى لتحصيل الديون التجارية
٣٢٥	المطلب الرابع: بطاقات الوفاء والائتمان
٣٣١	المطلب الخامس: فى مسألة الاعتماد أو الضمان
٣٣١	الفرع الأول: الكفالة البنكية
٣٤١	الفرع الثانى: خطاب الضمان
٣٥٩	الفرع الثالث: الاعتماد بالقبول
٣٧٧	المطلب السادس: عقود " الايثروكر ريدى "
٣٨١	المبحث الثانى: الاعتماد المستندى
٣٨٢	المطلب الأول: ماهية الاعتماد المستندى
٣٨٨	المطلب الثانى: القانون الذى يحكم الاعتماد المستندى
٣٩٢	الفرع الأول: الاعتماد المستندى الذى ينفذه بنك واحد
٣٩٥	الفرع الثانى: الاعتماد المستندى ينفذه أكثر من بنك
٤٢٥	الفصل الخامس: عقود الخلعة المصرفية ذات الطبيعة الدولية
٤٢٥	المبحث الأول: عمليات التحصيل والوفاء
٤٢٥	المطلب الأول: التوكيل فى التحصيل
٤٤٢	المطلب الثانى: التوكيل فى الوفاء

الصفحة	الموضوع
٤٥١	المبحث الثاني: طلب تقديم معلومات من البنك
٤٥٩	المبحث الثالث: خدمات مصرفية لتوقى مخاطر حمل النقود
٤٦٠	المطلب الأول: خطاب الاعتماد ذو الطبيعة الدولية
٤٦٤	المطلب الثاني: الشيك المقبول والشيك المصرفي والشيك السياحي
٤٨٠	المطلب الثالث: العقود المتعلقة بعمليات الصرف (مبادلة النقود)
٤٨١	الخاتمة
٤٨٧	قائمة المراجع
٤٨٧	- المراجع العربية
٤٩٤	- المراجع الأجنبية
٥٠٧	الفهرس

٢٠١١/١٧٥٢٦	رقم الإيداع
I.S.B.N التقييم الدولي	
978-977-328-900-3	

