جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة القادسية

كلية القانون

تنازع الاختصاص التشريعي عن خطاب الضمان المقابل

((دراسة مقارنة))

رسالة تقدمت بها الطالبة

هاجر هادي عناد

الى مجلس كلية القانون_ جامعة القادسية

وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

باشراف

أ.د نظام جبار طالب

أستاذ القانون الدولي الخاص

١٤٤٧هـ ٢٠٢٥م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾

صدق الله العلي العظيم

سورة المائدة: الآية ١

الاهداء

إلى...

من غرس في نفسي حب العلم ... والدي

....

صاحبة القلب الكبير التي تتألم بصمت والابتسامة لا تفارق شفتيها والدتي

....

من وقف الى جانبي وغير حياتي ... زوجي العزيز

....

من أشد بهم أزري وا أحاطوني بحضورهم الذي خفف عني العناء ... أخوتي وأخواتي

أهدي هذا الجهد المتواضع

الباحثة

شكر وعرفان

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين نبينا محمد وعلى آله وأصحابه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين ... وبعد

أتوجه بالشكر والعرفان إلى الأستاذ الدكتور (نظام جبار طالب)على تفضله بالإشراف على رسالتي ، وما قدمه لي من معونة صادقة وتوجيهات سديدة خلال دراستي لهذا الموضوع، فضلاً عن تزويده لي بالعديد من المصادر الأجنبية والعربية، فحق علي أن أقدم له خالص شكري وأمتناني .

كما أتقدم بالشكر الجزيل والإمتنان العظيم إلى أساتذتي في السنة التحضيرية لبسط كف الرعاية العلمية لنا، إليهم جميعاً كل آيات الشكر والعرفان.

كما يسرني أن أتقدم بالشكر والعرفان لعمادة كلية القانون جامعة القادسية وأساتذتها الأفاضل جميعاً ، لما قدموه لي من خبرات علمية وفنية أفادتني في البحث فجزاهم الله عني خير جزاء .

ولا يفوتني أن أتقدم بخالص الشكر وأسمى آيات الامتنان والعرفان إلى السادة أعضاء لجنة المناقشة لتحملهم عناء السفر والجهد المبذول في قراءة رسالتي ، وإتاحتهم الفرصة لي للإفادة من توجيهاتهم والنهل من علمهم وخبرتهم التي ستثري هذه الدراسة، فجزاهم الله عني خير الجزاء .

وأقدم الشكر والتقدير إلى الأخوة والأخوات العاملين في مكتبة كلية القانون جامعة بغداد الذين كان لهم الفضل تزويدي بعدد من المصادر القانونية الإنكليزية، كما أتقدم بالشكر إلى العاملين بمكتبات كلية القانون جامعات القادسية وكربلاء ومكتبة الروضة العلوية المقدسة لتعاونهم معي في البحث عن المصادر والحصول عليها

وختاماً لا يسعني إلا أن أشكر كل من مد يد العون لي لإنجاز هذا الجهد العلمي المتواضع وبالأخص عائلتي جميعاً ولكل من نسيت ذكرهم وفاءاً واعتزازاً . والله ولي التوفيق

الملخص

أفرز لنا الواقع العملي في ميدان التجارة الدولية، نوعآ آخر من الضمان، يقوم من خلاله المصرف الضامن بالأتفاق مع مصرف آخر يوجد دائماً في دولة المستفيد(مشتري أو مستورد أورب عمل) بأن يدفع لهذا الأخير قيمة الضمان المتفق عليه، ويقوم الضامن المباشر والمتمثل بالمصرف الموجود بدولة المستفيد بالدفع بمجرد الطلب للمستفيد بغض النظر عن تنفيذ العقد الأصلي المبرم بين المستفيد ومصدر الأمر(المورد أو البائع أو المقاول) من عدمه، على أن يقوم الضامن المقابل والمتمثل بالمصرف الموجود خارج دولة المستفيد بدفع ماتم دفعه من قبل الضامن المباشر للمستفيد وهذا مايسمى بالضمان المقابل، الذي يعرف بأنه إتفاق أئتمان بمقتضاه يقوم الضامن المقابل (المصرف الأجنبي) بناءاً على مصدر الأمر بدعوة الضامن المباشر(المصرف الوطني) بأن يدفع الى المستفيد وبمجرد طلبه المبلغ المتفق عليه (مبلغ الضمان) ويتعهد بتغطيته.

ولما كان خطاب الضمان المقابل عقداً دولياً بطبيعته، لوجود مصرفين في دولتين مختلفتين، إضافة الى إختلاف جنسية كل من (المشتري، المستورد، رب العمل) و(البائع ، المورد، المقاول) فهذا يثير إشكالاً يتعلق بالمنازعة الناشئة عن تنفيذ هذا الضمان، مما يثير تنازعاً للقوانين بين أكثر من نظام قانوني واحد، الأمر الذي يدعونا إلى معرفة الحلول المقدمة لحل التنازع الدولي للقوانين.

فلو طبقنا القواعد التقليدية والمتمثلة بقواعد الإسناد في مجال الالتزامات الإرادية والمنصوص عليها في المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي النافذ، فهل تكفي لحل هذه الأشكالية، لاسيما وجود بعض من الضوابط الجامدة التي ترتبط بهذه المسألة، أم ان الأمر يدعونا إلى تطويع هذه القواعد التقليدية بإضافة المرونة الى بعض من هذه الضوابط .

فضلا عن أن العمليات المصرفية بوصفها أداة اقتصادية مهمة في يد الدولة، يدعو هذه الأخيرة الى سن قواعد آمرة تحذف أو تلغي كل تنازع يحدث بشأنها، كما ان العمليات المصرفية تحكم في الغالب بقواعد وأعراف مشتركة بين الدول، الأمر الذي أدى الى وجود نوع من التماثل لدى سائر التشريعات في القواعد التي تحكم هذه العملية، مما أدى الى وجود عقود نموذجية لحل هذه الإشكالية، مما يتطلب منا معرفة القواعد المادية التي تحد من مسالة قواعد الإسناد في هذا الشأن، كما لايقدح في أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان المقابل، أن المنازعات التي تثار بشأنه يتم تسويتها عن طريق

التحكيم إذ أن كل طرق يهمه الوقوف أولاً على مضمون الحقوق التي يقر له القانون حتى يمكنه تحديد الجزء الذي يمكن له التنازل عنه بينها.

لمواجهة هذه التحديات، تقدم الدراسة رؤية تشريعية تعيد هندسة قواعد الأختصاص التشريعي من حيث المكان، بإضفاء قاعدة إسناد خاصة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان المقابل تشتمل على ضابط أو معيار الأداء المميز في العقد، لان المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي النافذ لا تكفي وحدها لسد هذا النقص التشريعي أو إعادة ترتيب نص المادة(١/٢٥) من القانون المدني العراقي سالف الذكر، وتضمينها ضابط مكان تنفيذ العقد ، بحيث تكون له الأولوية على الضوابط التي تشتملها هذه المادة، مع تحصين قانون الإرادة بعدم إعماله اذا تعارض مع فكرة النظام العام او القواعد الآمرة في دولة القاضي أو جاء من غش نحو القانون .

المحتويات

الموضوع	الصفحة
الاية	أ
الاهداء	ب
الشكر	ت
الملخص	ث-ج
المحتويات	ج-ح
المقدمة	١-٥
الفصل الأول: منهج تنازع القوانين في تسوية تنازع الاختصاص التشريعي لخطاب الضمان المقابل	٦-٥٦
المبحث الأول: معايير تحديد القانون الحاكم لخطاب الضمان المقابل	٨-٣٣
المطلب الأول: دور إرادة الأطراف في اختيار قانون خطاب الضمان المقابل	٨-٣٣
الفرع الأول: مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون المنظم لخطاب الضمان المقابل	٩-١٥
الفرع الثاني: آليات تفعيل اختيار الأطراف لقانون خطاب الضمان المقابل	١٥-٢٢
المطلب الثاني: المعايير الموضوعية المطبقة على خطاب الضمان المقابل عند غياب الاختيار	٢٢-٣٣
الفرع الأول: معايير الإسناد الجامدة لتحديد قانون خطاب الضمان المقابل	٢٢-٢٦
الفرع الثاني: معايير الإسناد المرنة لتحديد قانون خطاب الضمان المقابل	٢٦-٣٣
المبحث الثاني: إشكالات منهج تنازع القوانين في اختصاص خطاب الضمان المقابل التشريعي	٣٤-٥٦
المطلب الأول: عوائق ما قبل الإسناد في منازعات خطاب الضمان المقابل	٣٤-٤٩
الفرع الأول: إشكالية التكييف القانوني لطبيعة خطاب الضمان المقابل	٣٥-٣٨
الفرع الثاني: أثر انعدام او تعدد جنسية او تغيير أطراف خطاب الضمان المقابل على الاختصاص التشريعي	٣٨-٤٩
المطلب الثاني: عوائق مابعد الإسناد في تطبيق قانون خطاب الضمان المقابل	٤٩-٥٦
الفرع الأول: تقييد تنفيذ القانون الإجنبي لخطاب الضمان المقابل بالنظام العام	٤٩-٥٢
الفرع الثاني إساءة استعمال الاختصاص التشريعي في خطاب الضمان المقابل(الغش نحو القانون)	٥٢-٥٦
الفصل الثاني: دور القواعد الموضوعية والتحكيم في تسوية تنازع الاختصاص التشريعي لخطاب الضمان المقابل	٥٦-٨٨

المبحث الأول: تأثير القواعد الموضوعية على اختصاص خطاب الضمان المقابل التشريعي	٥٨-٧٥
المطلب الأول: دور القواعد الأمرة في حسم تنازع الاختصاص التشريعي لخطاب الضمان المقابل	٥٨-٦٧
الفرع الأول: تأثير القواعد الأمرة في قانون الدولة قاضي على خطاب الضمان المقابل	٦٠-٦٤
الفرع الثاني: تأثير القواعد الأمرة الأجنبية على تحديد قانون خطاب الضمان المقابل	٦٤-٦٧
المطلب الثاني: دور القواعد المادية في تحديد المعايير التشريعية لخطاب الضمان المقابل	٦٧-٧٥
الفرع الأول: القواعد المادية الداخلية المنظمة لخطاب الضمان المقابل (تشريعيا وقضائيا)	٦٩-٧٢
الفرع الثاني: القواعد المادية الدولية المطبقة على خطاب الضمان المقابل (الاتفاقيات/ المبادئ العابرة)	٧٢-٧٥
المبحث الثاني: دور التحكيم في حسم تنازع الاختصاص التشريعي لخطاب الضمان المقابل	٧٥-٨٨
المطلب الأول: نطاق شرط التحكيم في منازعات خطاب الضمان المقابل	٧٦-٨١
الفرع الأول: استقلالية خطاب الضمان المقابل عن عقد الأساس واثرها على شرط التحكيم	٧٧-٧٩
الفرع الثاني: الأساس القانوني لعدم الاحتجاج بشرط التحكيم في المنازعات الخاصة بالمطالبة بقيمة الضمان	٧٩-٨١
المطلب الثاني: حدود الاحتجاج بشرط التحكيم ضد المصرف في خطاب الضمان المقابل	٨١-٨٨
الفرع الأول: الطابع المطلق لمبدأ جواز الأحتجاج بشرط التحكيم تجاه المصرف الضامن	٨٢-٨٥
الفرع الثاني: الطابع النسبي لمبدأ عدم جواز الأحتجاج بشرط التحكيم ضد المصرف الضامن	٨٥-٨٨
الخاتمة	٨٨-٩٥
المصادر	٩٥-١٠٩
الملخص باللغة الانكليزية	**A-B**

المقدمة

المقدمة

أولاً: مدخل تعريفي بالدراسة

أدى التطور المتسارع لعلاقات التجارة الدولية والنشاط المتزايد في القطاعات التجارية والصناعية، وكبر حجم المشروعات في كل من القطاعين العام والخاص، واضطراد حجم المعاملات الخارجية، إلى التفكير في وسائل جديدة من أجل خلق آلية تؤمن هذه العمليات بدلاً من التأمين النقدي الذي غالبا مايكون مرهقا للمتعاقد (المقاول أو المتعهد) الذي قد يعجز عن تدبير مبلغ التأمين فيخسر المشروع ويفوت عليه الكسب المأمول من هذه العملية التجارية.

نتيجة لذلك ظهرت في الحياة العملية أداة جديدة، لا يحتاج فيها الدائن إلى نقود يودعها لديه المدين ، توفر للدائن الأمان وسهولة الاقتضاء، هذه الأداة هي خطاب الضمان الذي أستقر العمل به وأقرته الأعراف المصرفية لسد الفراغ الناشيء عن عدم ملائمة آليات الضمان التقليدية لمتطلبات حياة التجارة الدولية ولها نفس فاعلية تقديم المبلغ النقدي ، لذا فإنه لا يوجد مانع ان يقدم للطرف الاخر المتعاقد معه، خطاب ضمان يقوم مقام المقابل النقدي مادام أنه يعادله بالقوة.

بيد ان الواقع العملي في مجال التجارة الدولية أفرز لنا شكلا اخر من الضمان يقوم من خلاله المصرف الضامن بالأتفاق مع مصرف آخر يوجد دائما في دولة المشتري (المستورد) من خلاله يدفع لهذا الاخير قيمة الضمان المتفق عليه، وهذا ما يسمى بخطاب الضمان المقابل، الذي يعرف بأنه إتفاق ائتمان بمقتضاه يقوم الضامن المقابل (المصرف الأجنبي) بناءً على مصدر الأمر بدعوة الضامن المباشر (المصرف الوطني) بأن يدفع إلى المستفيد وبمجرد طلبه المبلغ المتفق عليه (مبلغ الضمان) ويتعهد بتغطيته.

إذ قد يحدث في مجال التجارة الدولية أن المشتري أو رب العمل لا يعرف الطرف الأجنبي المتعاقد معه من حيث ملاءته أو جديته او أمانته ، كأن يطرح المشتري أو صاحب العمل مناقصة أو مزايدة ويرسو العطاء على شركة اجنبية ، وتقوم هذه الأخيرة بتنفيذ العقد تنفيذا سيئاً أو تتخلف عن توقيع العقد، من جانب آخر قد يدفع المشتري او رب العمل دفعة تحت الحساب للشخص الأجنبي الذي تعاقد معه لكي يبدأ عقد التوريد أو المقاولة أو يستلم منه البضاعة ويتضح أنه دائن له بالتعويض عن سوء التنفيذ. الأمر الذي يؤدي برب العمل أو المشتري اللجوء إلى مصرف ذو سمعه دولية كي يدبر له الضمان.

فاذا طلب رب عمل أو مشتري عراقي من مقاول أو مورد أجنبي إصدار خطاب ضمان خاص بالعملية، فإن هذا المقاول أو المورد يقوم بإعطاء أمر إلى المصرف الموجود في دولته بإصدار خطاب الضمان

لصالح المستفيد (رب العمل أو المشتري) وبما أن المستفيد لا يعرف هذا المصرف الأجنبي فإنه يحرص على ان يكون الضمان صادرا من مصرف في دولته هو، وليس دولة المقاول او المورد، الأمر الذي يعطي المقاول أو المورد أمرا لمصرفه الأجنبي بأن يتفق مع مصرف في دولة المشتري العراقي من أجل أن يدفع الضمان لصالح المشتري العراقي بمجرد الطلب وهذا ما يسمى بخطاب الضمان المقابل .

صفوة القول ان عملية خطاب الضمان المقابل تحصل عندما يطلب مصدر الأمر (المقاول او المورد الأجنبي) المتعاقد مع رب العمل أو المشتري الوطني من مصرفه الموجود في دولته ، تركيا مثلا بأن يتفق مع مصرف آخر موجود في دولة المستفيد العراقي بإصدار خطاب ضمان لصالح هذا المستفيد.

ولما كان خطاب الضمان المقابل عقد دولي بطبيعته، لوجود مصرفين في دولتين مختلفتين، إضافة إلى اختلاف جنسية كل من المشتري والمورد ، فهذا يثير إشكالا يتعلق بالمنازعات الناشئة عن تنفيذ هذا الضمان مما يثير تنازعا للقوانين بين اكثر من نظام قانوني واحد .وهذا يدعونا إلى معرفة الحلول المقدمة لحل هذا التنازع الدولي للقوانين .

ثانياً: أهمية الدراسة

١. يعد خطاب الضمان المقابل من أهم عوامل تطور التجارة الدولية ، لما يكرسه من زيادة في الثقة المتبادلة بين مصدر الامر (المقاول أو المورد الأجنبي) والمستفيد (رب العمل أو المشتري) ، إذ يحل محل التامين الذي يتطلب تقديمه في العديد من العقود الدولية ، لذا فإن حل تنازع الاختصاص التشريعي على خطاب الضمان المقابل يسهل للاطراف المتعاقدة منذ البداية بالنظام القانوني الذي يحكمهم، مما يعزز الثقة والأستقرار التي تتطلبها المعاملات التجارية الدولية .

٢.أن الضمان المقابل والذي يعد صورة خاصة من خطاب الضمان، لايقتصر أثره على العلاقة بين اطرافه (المصرف الأجنبي والمصرف الوطني وإنما يحقق وظيفة إقتصادية جديرة بالاهتمام داخل الدولة، لذا صار لزاما معرفة الدور الذي تلعبه القواعد ذات التطبيق الضروري او ما يسمى قواعد البوليس، في هذا الشأن.

٣.ايجاد قواعد إسناد خاصة تتلائم مع طبيعة خطاب الضمان المقابل تساعد القاضي في اختيار القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان المقابل .

ثالثاً: اسباب اختيار الدراسة

تكمن اسباب اختيار الموضوع بالأهمية المتزايدة لخطاب الضمان المقابل وإتساع نطاقه واللجوء اليه بشكل مضطرد في التجارة الدولية وغياب التنظيم التشريعي له ، خاصة بالعلاقة المشوبة بعنصر اجنبي كأن

يكون احد اطراف العلاقة اجنبيا ، الأمر الذي يؤدي إلى تزاحم أكثر من قانون ليحكم هذه العلاقة . إذ لم تخصص التشريعات العربية ومنها القانون العراقي قاعدة إسناد تحدد القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان المقابل، إضافة إلى عدم تطرق الفقه والقضاء العراقي للحالة أعلاه، ولما كان خطاب الضمان المقابل يثير العديد من التساؤلات القانونية ، الأمر الذي يتطلب بحثها وإيجاد الحلول المناسبة لها ، لذا حاولت المشاركة في حل التساؤلات التي تثار حول تحديد القانون الواجب التطبيق .

رابعاً: مشكلة الدراسة

لما كان الضمان المقابل عقد دولي بطبيعته، بسبب وجود كل من الضامن المقابل (المصرف الأجنبي) والضامن المباشر (المصرف الوطني) في دولتين مختلفتين، مما يجعل العقد يرتبط بأكثر من نظام قانوني لوجود أربع علاقات مستقلة .

العلاقة الاولى: العلاقة العقدية التي تربط المورد او المقاول الأجنبي برب العمل أو المشتري الوطني

العلاقة الثانية: وهي العلاقة التي تنشأ بين مصدر الأمر ومصرفه المتعامل معه والموجود في دولته

العلاقة الثالثة: والتي يتركز موضوع الدراسة عليها وهي علاقة الضمان المقابل التي تنشأ بسبب رغبة المستفيد (المشتري أو رب العمل) في أن يتعامل مع مصرف في دولته وبناءاً عليه يستجيب مصدر الأمر ويعطي أوامره إلى مصرفه المتعامل معه في دولته بأن يصدر تعليمات إلى مصرف آخر موجود في دولة المستفيد بان يدفع لهذا الاخير بمجرد طلبه الضمان المتفق عليه وفي هذه الحالة يسمى هذا المصرف الموجود في دولة المورد أو المقاول والذي أصدر تعليماته إلى المصرف الموجود في دولة المستفيد بالضامن المقابل وتسمى عملية الضمان بالضمان المقابل.

العلاقة الرابعة: وهي علاقة الضمان المباشر التي تنشأ بين المصرف الوطني والمستفيد الوطني الأمر الذي يدعونا إلى معرفة القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة، وهل أن القواعد التقليدية في مجال الإلتزامات الارادية تكفي لحل هذه الإشكالية لاسيما وجود بعض ضوابط الإسناد الجامدة التي ترتبط بهده المسألة، ام ان المسألة تدعونا إلى تطويع هذه القواعد التقليدية بإضافة المرونة إلى بعض هذه الضوابط . فضلا عن ان العمليات المصرفية تحكم في الغالب بقواعد وأعراف مشتركة بين الدول ، الأمر الذي أدى إلى وجود نوع من التماثل لدى سائر التشريعات في القواعد التي تحكم هذه العملية ، وهذا ما أدى إلى وجود عقود نموذجية لحل هذه الإشكالية، مما يتطلب منا معرفة القواعد المادية التي تحذف او تحد من مسألة قواعد الإسناد في هذا الشأن، كما لا يقدح في أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان المقابل ، أن المنازعات التي تثار بشأنه يتم تسوينها عن طريق التحكيم، إذ ان كل طرف يهمه

الوقوف اولا على مضمون الحقوق التي يقرها له القانون حتى يمكنه تحديد الجزء الذي يمكن له التنازل عنه من بينها.

خامساً: تساؤلات الدراسة

تثير الدراسة سؤالا رئيساً تتفرع منه عدة أسئلة فرعية، إذ يتمثل التساؤل الرئيس بمعرفة او تحديد القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان المقابل .

اما التساؤلات الفرعية فتتمثل بـ :

- هل ان قواعد الإسناد التقليدية كافية لحل هذه العلاقة التي يتخللها عنصراً أجنبياً ، ام ان القواعد الموضوعية تحذف وتحد من هذه القواعد ؟
- هل ان التنازع يبقى متصورا وله أهميته في نطاق الضمان المقابل باعتبار أن القانون يظل ساكنا إلى ان يتم اعماله، لاسيما ان المتعاملون في الأنشطة المصرفية يرغبون في معرفة القانون الذي يحكم توقعاتهم بدلاً من أن يتفاجأوا وبقانون لم يخطر ببالهم متى ما لجأوا إلى تسوية منازعاتهم عن طريق التحكيم ؟

سادسا :منهجية الدراسة

لاستيعاب أبعاد الموضوع وبيان جوانبه القانونية ستكون دراستنا :-

١.دراسة تحليلية من خلال ثلاثة محاور

-المحور التشريعي، وسنتناول فيه المعالجة التشريعية للموضوع محل الدراسة على صعيد القوانين الداخلية (الوطنية)

- المحور الفقهي، من خلاله سنبين الآراء التي قيلت في هذا الشأن وتحليلها وصولا إلى انجع الآراء حلا.

- المحور القضائي ، سنركز فيه على تتبع اتجاهات القضاء وقراراته وصولاً الى أفضل اتجاه يحقق اكبر قدر من الحماية للمصالح الوطنية .

٢. دراسة مقارنة

وذلك من خلال الاستعانة بأكثر من نظام قانوني ، لنتمكن من الوقوف على أوجه الشبه والاختلاف بينها، عن طريق الاستعانة بقوانين تمثل الاتجاه اللاتيني (فرنسا، مصر) والاتجاه الأنكلوامريكي (الولايات المتحدة الأمريكية) ومقارنتها بموقف القانون العراقي .

مع الإشارة إلى موقف الاتفاقيات الدولية التي حاولت توحيد قواعد خطاب الضمان المصرفي ، كقواعد غرفة التجارة الدولية في باريس لسنة ١٩٩٢ المعدلة ، واتفاقية اليونيسترال لسنة ١٩٩٥.

سابعاً: هيكلية الدراسة

من أجل الالمام بالموضوع، سوف يتم عرضه عبر خطة تتضمن فصلين، متلوه بخاتمة البحث وقائمة المصادر ، إذ سنتناول في الفصل الأول منهج تنازع القوانين في تسوية تنازع الأختصاص التشريعي لخطاب الضمان المقابل، ويشتمل على مبحثين، الأول في معايير تحديد القانون الحاكم لخطاب الضمان المقابل، والثاني في إشكالات منهج تنازع القوانين في إختصاص خطاب الضمان المقابل التشريعي، أما الفصل الثاني فستطرق فيه الى دور القواعد الموضوعية والتحكيم في تسوية تنازع الأختصاص التشريعي لخطاب الضمان المقابل، ويضم مبحثين، سنعرض في الأول تأثير القواعد الموضوعية على إختصاص خطاب الضمان المقابل التشريعي، ونبحث في الثاني دور التحكيم في حسم تنازع الأختصاص التشريعي لخطاب الضمان المقابل.

وفي الخاتمة سنتطرق الى أهم الاستنتاجات التي توصلت اليها الدراسة، مرفقة بالتوصيات التي توصلت اليها الباحثة واخيراً نسال من الله تعالى، أن يكون جهدنا جسراً على طريق المعرفة القانونية، فهو سبحانه وتعالى نِعم المولى ونِعم النصير ، والله لايضيع أجز من أحسن عملاً.

الفصل الاول

الفصل الأول

منهج تنازع القوانين في تسوية تنازع الاختصاص التشريعي لخطاب الضمان المقابل

يذهب الفقه الغالب[١]، الى أن خطاب الضمان المقابل عقد لا ينعقد إلا إذا صادف الإيجاب الصادر من الضامن المقابل مصرف المقاول أو المورد الاجنبي قبولاً من الضامن المباشر مصرف رب العمل أو المشتري المحلي الموجود في دولة المستفيد[٢]. كما أنه عقداً ذا طبيعة دولية، لأن الضمانات المصرفية برمتها ولدت من رحم التجارة الدولية، إذ لا يقتصر نشاط هذه المصارف على اقليم دولة واحدة، بل أن هذه الضمانات ركنا أساسيا في كل عملية دولية، وتصيًر وتعد من المعطيات الاساسية في العقود الدولية وتستخدم بشكل منهجي منها[٣]، فالصورة العادية لخطاب الضمان وتثار في حالة وجود الضامن المقابل في دولة المورد أو المقاول، والضامن المباشر يوجد في دولة المشتري أورب العمل، إضافة الى ذلك أن الاطراف المتعاقدة يكونون في الغالب من جنسيات مختلفة، الأمر الذي يجعل العقد يرتبط بأكثر من نظام قانوني واحد، وهذا يتفق مع المعيار القانوني لدولية العقد[٤] كما إنه وجود الضامن المقابل في دوله والضامن المباشر في دولة أخرى واتفاقها على أن يقوم هذا الأخير بالدفع للمستفيد بمجرد الطلب مقابل حصوله

---

[١] انظر في عرض الآراء الفقهية د.محمد عبد الظاهر حسين ، عقد الضمان المقابل ،بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، تصدر عن كلية الحقوق جامعه بني سويف ،السنة ١٦، ٢٠٠٠ص١٣ ومابعدها

[٢] خلاف ذلك حكم محكمه بروكسل الصادر في ١٥/١٠/١٩٨٧ والذي عد الضمان المقابل هو التزام من جانب واحد
Bruxelles, 7 ch-15-10-1987, D. 1988 SommoP.244 vasseur
droitbancaire, garantie Indépendante, D. 1988,p.239

أشار اليه L'engagement de garant
est pleinement, efficase, indépendament de tout Acceptance Par le bénéficiare cette
re'gleest exprime'e par le caracte're unilate'ral de la garantie a' premie're demand

تعقيبا على قرار المحكمة أعلاه، تقول أن القانون العراقي في مثل هذه التعهدات يشترط صدور قبول ممن وجهت اليه ، وهو مايثار عادة في العقود التبرعية مثل الهبه أو الوصية ، هذه العقود وفاعليتها متوقفة على إعلان القبول من جانب الموهوب أو الموصى له لمزيد من التفاصيل حول موقف القانون العراقي والمصري والقوانين انظر .عبدالرزاق احمد السنهوري و الوسيط في شرح القانون المدني. دار النهضة العربية 'القاهرة '١٩٨١'ص٢١ومابعدها

[٣] انظر د. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية ، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية ، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية ، ١٩٩٤ ، ص٣٤٠

[٤] راجع في المعيار القانوني لدولية العقد د. احمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار من الشرائع اصولا ومنهجا ، ط١، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصور ، ١٩٩٦ ، ص ١٠٩٠.

على عموله من الأول يجعل العقد دوليا، وفقا للمعيار الاقتصادي[١] الأمر الذي يدفعنا الى معرفة دور منهج تنازع القوانين في تحديد القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان الدولي من خلال تطبيق قانون العقد الدولي على ذلك وهذا ما سوف نتعرف عليه في المبحث الأول من هذا الفصل كما أن تطبيق قاعدة الإسناد طبقاً للمنهج السافيني على العلاقة القانونية المشتملة على خطاب الضمان المقابل لا يؤدي الى تقديم الحل المباشر للمسألة المعروضة على القضاء، لذا هنالك مجموعة من الإشكالات سوف تثار عند تطبيق منهج تنازع القوانين على خطاب الصفات المقابل، الأمر الذي يتطلب منا معرفة هذه الإشكالات التي تعتري تطبق قاعدة الإسناد وهذا ما نبحثه في المبحث الثاني من هذا الفصل وعليه ومن كل ما تقدم سوف نقسم هذا الفصل على مبحثين، تتناول في الاول معايير تحديد القانون الحاكم لخطاب الضمان المقابل وسنتطرق في المبحث الثاني الإشكالات التي تواجه منهج تنازع القوانين.

---

[١] لمزيد من التفاصيل حول دولية العقد وفقا للمعيار الاقتصادي انظر د. سلامه فارس عرب وسائل معالجه اتوازن اختلال العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون في جامعة القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص٣٢ وما بعدها.

المبحث الأول

معايير تحديد القانون الحاكم لخطاب الضمان المقابل

أن الطبيعة العقدية لخطاب الضمان المقابل، جعلته يخضع من حيث القانون الواجب التطبيق الى ما تخضع له سائر العقود الدولية بتطبيق القانون المختار أو ما يسمى بقانون الإرادة[١] إذ يختار المصرف الأجنبي والمصرف الوطني بإرادتهم الصريحة أو الضمنية القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تثار بشأن خطاب الضمان المقابل، أما في حالة عدم الاختيار الصريح وصعوبة الاستدلال على الإرادة الضمنية فيصار الى الضوابط الاحتياطية التي وضعها المشرع لتحديد القانون المنطبق .

ومن أجل الوقوف على قانون العقد لخطاب الضمان الدولي في حالة إختيار الأطراف من عدمه ،سنقسم مبحثنا هذا على مطلبين، نعرض في الأول منها دور إرادة الأطراف في اختيار قانون خطاب الضمان المقابل، في حين نتطرق في الثاني الى المعايير الموضوعية المطبقة على خطاب الضمان المقابل عند غياب الاختيار.

المطلب الأول

دور إرادة الأطراف في اختيار قانون خطاب الضمان المقابل

تخضع العقود المصرفية كغيرها من العقود، الى قانون الإرادة ولا يمكن حرمان أطراف العلاقة التعاقدية من حقهم في اختيار القانون الملائم لهم، فالضمان المقابل علاقة تعاقدية شابها العنصر الأجنبي، لذا حق المصرف الوطني والمصرف الأجنبي أن يختار بحرية القانون الذي يحكم هذه العلاقة[٢]، ولبيان الدور الذي تلعبه حرية الأطراف في اختيار قانون العقد الدولي على خطاب الضمان المقابل لابد من التطرق

---

[١] لا يخفى عن البال ان هنالك عقود يصعب تطبيق قانون الإرادة عليها خاصه في الأمور التنظيمية، كما هو عليه الحال بعقود العمل الدولية ،الامر الذي يستوجب اعمال القواعد ذات التطبيق الضروري على هذه الأمور التنظيمية المزيد من التفاصيل انظر د. منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية انشاه المعارف الإسكندرية،١٩٩٥.

[٢] ان خطاب الضمان المقابل مستقل عن عقد الأساس الذي يخضع له كل من المشتري (المستفيد) والمورد (مصدر الامر) فهناك قانون واجب التطبيق على عقد الأساس ،وقانون اخر يحكم العلاقة بين مصدر الامر (المورد) والمصرف الذي يتعامل معه ويصدر الضمان، وقانون اخر ينظم العلاقات التي تربط المصرف الضامن المباشر بالمستفيد .لمزيد من التفاصيل حول هذه العلاقات راجع د. علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية، دار النهضة العربية ،٢٠٠٠، ص٣٣.

أولا الى مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون المنظم لخطاب الضمان المقابل وهذا ماسنبحثه في الفرع الأول ثم نتطرق الى آلية تفعيل اختيار الأطراف لقانون خطاب الضمان المقابل في الفرع الثاني.

الفرع الأول

مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون المنظم لخطاب الضمان المقابل

لم تكن قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة هي السائدة في بادئ الأمر وإنما كان العقد يخضع في جميع مفاصله لقانون محدد سلفاً ليست هنالك دور للمتعاقدين في استبعاده.

فقد سار الفقه الايطالي منذ القرن الثاني عشر على اخضاع، العقد القانون محل إبرام من الناحية الشكلية والموضوعية(١)، وفي القرن السادس عشر وبمناسبة فتوى تتعلق بالنظام المالي للزوجيين تقدم بطلبها الزوجين (Gani) يرومان من خلالها استبعاد تطبيق القواعد العرفية السائدة في المكان الذي تقع فيه أموالها والخضوع للنظام المالي المتعارف عليه في باريس، أفتى المحامي الفقيه ديمولان بإمكانية تطبيق العرف الدارج في باريس بحسبان إن إرادة الزوجين الضمنية اتجهت الى تطبيق هذا القانون ، بوصفه قانون موطنها وقت انعقاد الزواج(٢)، وفي القرن التاسع عشر قرر الفقيه الألماني سافيني تركيز العلاقة العقدية في محل تنفيذها، بوصف التنفيذ هو جوهر الالتزام والهدف الذي يصبو اليه العقد ، مفسراً هذه الفكرة استناداً إلى الخضوع الأختياري الأطراف العلاقة التعاقدية(٣)، واستقر هذا الوضع الى أن جاء الفقيه البلجيكي لوران في نهاية القرن التاسع عشر ورتب على إعمال مبدا سلطان الإرادة نتائجه المنطقية ، فلم يعد هذا المبدأ مجرد تبرير لحل مسبق في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود، إذ جاز هذا الفقيه للمتعاقدين حرية اختيار القانون المنطبق على عقدهم صراحة أوضمنا بصورة مستقلة عن محل إبرام العقد أو تنفيذه ، فإنه كان تطبيق قانون دولة مكان ابرام العقد أو تنفيذه يفسر برضاء المتعاقدين ضمنيا بهذا الحل، فمن باب أولى يتعين تطبيق القانون الذي أتفق عليه المتعاقدين صراحة(٤) .

---

(١) في التاصيل التاريخي لقانون الإرادة انظر د.عز الدين عبد الله ،القانون الدولي الخاص المصري ،ج،٢،في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين ،ط٣ ،مكتبة النهضة العربية ،القاهرة ،١٩٨٥،ص٣٦٦،ومابعدها

(2) Henri Batiffol, Traité élémentaire de droit international prive, Librairie générale de droit et de jurisprudence',1959,p.687

(٣) انظر د.هشام علي صادق ،تنازع القوانين ،دراسة مقارنة مع المبادئ والحلول الموضوعية المقررة في التشريع المصري، ط١،،منشاه المعارف الإسكندرية،١٩٧٤، ص٣٣٢.

(٤) انظر د. جمال محمود الكودي ،تنازع القوانين ،ط١،دار النهضة العربية ،القاهرة ،٢٠٠٥،ص٤٨٨.

وهكذا استقرت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة منذ نهاية القرن التاسع عشر، ومما ساعد على تعزيز استقرارها ظهور مبدأ الحرية الفردية الذي اعتنقته الثورة الفرنسية، ونظام الاقتصاد الحر[١]، ويتارجح الأساس القانوني لأعطاء دور الإرادة الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق بين نظريتين تناولنا هذا الموضوع هما النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية[٢] وبالتفصيل الآتي

أولاً : النظرية الشخصية :تستند هذه النظرية في مضمونها على تقديس مبدأ سلطان الإرادة. الذي يرتكن على حرية أطراف الرابطة العقدية في تحديد الحقوق والالتزامات المترتبة على إتفاقهما، إذ تمنح النظرية كل طرف متعاقد فيه تحديد حقوقه وواجباته بعيداً عن تدخل المشرع الذي يقتصر دوره على سد النقص الذي يعتري هذا التنظيم التعاقدي[٣] وعليه فالإرادة التعاقدية لأطراف خطاب الضمان المقابل تكفي لوحدها باخضاع عقدهم لقانون دون الزامهم باتباع قانون آخر وبالتالي يندمج القانون المختار بعقد خطاب الضمان للمقابل بوصفه بند من بنوده وبالتالي فان القانون الذي حددته إرادة المتعاقدين لا يتمتع بقوة الالزام إلا في الحدود التي رسمتها له تلك الإرادة[٤] ولو أسقطنا مضمون النظرية الشخصية على خطاب الضمان المقابل، فانه بالأمكان الخروج بالنتائج الآتية :

١_ إن عقد خطاب الضمان المقابل المبرم بين المصرف المحلي الموجود به المستفيد مشتري كان أم مستورد أورب عمل ومصرف الأجنبي الامر بالسحب ، مورد كان أم مقاول ، لا يخضع لقانون إلا ما تشير اليه الارادة ، فهذه الأخيرة تكفي وحدها ولا يجبر الأطراف باختيار قانون معين .

٢_تبقى النصوص القانونية التي يختارها المصرفان نفسها دون تعديل، كونها قد إندمجت بالعقد بوصفها بند من بنوده، الأمر الذي يؤدي الى تجريد القانون المختار من قواعده الآمرة ، وبالتالي تكون أحكام القانون المختار مجرد بنود في العقد وتعامل معاملة الوقائع أمام القاضي الوطني.

---

(١) انظر د. محمود محمد ياقوت ،حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي ،ط١،منشاه المعارف الإسكندرية ،٢٠٠٤، ص٣٥.

(٢) لمزيد من التفاصيل حول هاتين النظريتين انظر د .احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية ، القاهرة ،١٩٨٩،ص٤٧ وما بعدها.

(٣) د. محمود الفياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدا حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد ،بحث منشور ،في مجلة الشريعة والقانون ، تصدر عن كلية القانون في جامعة الامارات العربية المتحدة، السنة ٢٧، العدد ٥٤، نيسان ٢٠١٣، ص ٢١٣_٢٣٢.

(٤) انظر وبنفس المعنى د. سامي بديع منصور و د.عكاشة محمد عبد العال ،طرف حل المنازعات الدولية الخاصة والحلول الوضعية لتنازع القوانين ،الدار الجامعية ،بيروت ،١٩٩٥، ص٣٦٠.

٣_لا يشترط وجود صلة بين عقد خطاب الضمان المقابل والقانون المختار والقول بخلاف ذلك يجعل العقد خاضعاً لنظام قانوني وطني لا يقر بصحة العقد نفسه وعلى الرغم من النتائج الايجابية المتحققة وفقاً لهذه النظرية . أهمها استقرار الرابطة العقدية، وحفظ توقعات الأطراف. المشروعة الا انها لم تسلم من الانتقاد، أهمها أنه ليس من الانصاف أن يترك للأفراد حرية اختيار القانون الذي سيحكم العقد، بل أن القانون هو الذي يحدد نطاق سريانه من حيث الأشخاص والأموال الخاضعين له وليس العكس، إضافة الى ذلك أنه قد تؤدي الى نتائج غير. مقبولة، إذ قد يقضي قانون الإرادة ببطلان العقد ، فكيف يتصور إذن أن يختار المتعاقدين قانونا يبطل عقدهم[١] .

كما أن إعمال قانون الإرادة إستناداً إلى هذه النظرية، يؤدي الى تحول العقد الى عقد حر أو طليق، إذ يفقد القانون المختار وصفه كقانون ويتحول الى اتفاق[٢] .

وبدورنا نؤيد الانتقادات المتقدمة ، فالحرية موجودة لكنها ليست مطلقة من القيود، إذ يلزم أن يقع الاختيار على أحد القوانين المتصلة بالرابطة التعاقدية كونها لم تنشا من فراغ بل ترد الى القانون الذي منحها هذه السلطة، السلطة وعليه لا تستطيع الإرادة أن تخرج العلاقة التعاقدية من دائرة القانون الذي يخضع العقد لأحكامه.

ثانياً : النظرية الموضوعية

يرى أنصار هذه النظرية بأن النظرية الشخصية قد اطلقت بصورة مبالغة فيها للإرادة من خلال، عدم إختيارها لقانون يحكم العقد، إذ أنه من المعلوم أن الإرادة تستمد قوتها الملزمة من القانون وليس العكس ، فدور الإرادة في تنازع القوانين ينحصر في كونها مجرد ضابط إسناد يتحدد على أساس القانون الواجب التطبيق[٣].

لذا فان خطاب الضمان المقابل إستناداً الى هذه النظرية يخضع لحكم القانون الذي يختاره المتعاقدان (المصرف المحلي والمصرف الأجنبي) .

---

(١) انظر د. هشام علي صادق ،دروس في القانون الدولي الخاص ،ط١،الدار الجامعية للطباعة والنشر ،الإسكندرية، ١٩٨٣، ص٢٥٧ و د. احمد صادق القشيري، الاتجاهات الحديثة في تعين القانون الذي يحكم العقود الدولية، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، مجلد٢١، ١٩٦٥، ص٣٥٨.

(٢) انظر د. محمد حمدي بهنسي، دور الإرادة الفردية في حل تنازع القوانين بشان العلاقات غير العقدية ، دراسة تحليلية تاصيلية في مجال القانون الدولي الخاص ،من دون مكان وسنة طبع ، ص١٤١.

(٣) انظر د.ابو العلا النمر ،المختصر في تنازع القوانين ،ط١، دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠٦، ص١٦٣.

ولا تستطيع الإرادة الأفلات من أحكامه الآمرة[١]، إذ يشترط وجود صلة بين عقد خطاب الضمان المقابل والقانون المختار فدور الأطراف يقتصر على تحديد عناصر العقد، فيبرمانه في أي مكان وينفذاه في المكان المناسب لهم[٢] وعلى القاضي في حالة إختيار المصرفان القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان المقابل، أن يتحرى بأن لهذا القانون صلة بتركيز العقد والا استبعده وأبدله بقانون مع تركيز العقد تركيزاً حقيقياً [٣].

ولو طوعنا فحوى النظرية الموضوعية على خطاب الضمان المقابل، فيمكن التوصل الى النتائج الآتية :

١- أن إختيار اطراف عقد خطاب الضمان المقابل لقانون دولة معينه ، لكي ينطبق على المسائل التي تثار بينهم لا يكون ملزماً للقاضي، إذ تبقى له المكنه في إستنتاج مركز الثقل في العلاقة التعاقدية، والتي قد تتيح للقاضي بتطبيق قانون آخر غير الذي حددته إرادة الأطراف.

٢. ان هذه النظرية تحد إرادة – أطراف خطاب الضمان المقابل بإختيار قانون له صلة بالعقد ، بغض النظر عن ، نوع الصلة الجنسية الموطن محل التنفيذ مكان الأبرام .

٣.ان القانون المختار لحكم خطاب الضمان المقابل الا يندمج في العقد لان هذا الأخير يخضع له وفي معرض تقديرنا لهذه النظرية وقت ما تقدمه لخطاب الضمان المقابل ، فبالرغم من المزايا المتقدمة لهذه النظرية ، إلا أن إطلاق سلطة القاضي في تعديل إختيار المتعاقدين وعدم تقييدها باي قيد ،مما يؤدي الى انعدام اليقين القانوني مما يؤدي الى الأخلال بتوقعات الأطراف المشروعة بخصوص القانون الواجب التطبيق على عقدهم ،وبشأن موقف القانون العراقي، والقوانين محل المقارنة من النظريتين اعلاه ، نجد ان القانون المدني العراقي النافذ من خلال نص المادة (١/٢٥) منه ، قد اعتنق بعض النتائج التي قررتها النظرية الموضوعية، إذ أن عبارة يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي وجد فيه الموطن المشترك، للمتعاقدين توحي بأن المشرع قد اقر تطبيق قواعد محتفظة بصفتها القانونية

---

(١) انظر وبنفس المعنى د. صلاح علي حسين ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٢ ، ص٣٧٤.

(٢) انظر د. فؤاد رياض و د. سامية راشد ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ج، تنازع القوانين ، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٤ ، ص٣٧٤.

(٣) انظر د. محمود محمد ياقوت ، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية ، دراسة تحليلية مقارنة ، ط١، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص٥٥.

سواء اتفق عليها الأطراف أو حددها القاضي لغياب الإرادة الصريحة والضمنية[١] ورأى جانبا آخر من الفقه العراقي[٢] بان المشرع لم يشترط وجود صله بين القانون المختار والعقد، والمتعاقدين يتمتعون بحرية واسعة في إختيار أي قانون اوان لم يكن له صلة بالعقد، وهذا هو ديدن النظرية الشخصية وبدورنا نعتقد أن المشرع العراقي إعتمد بكلتا النظريتين معاً، وآيتنا في ذلك أنه أحترم إرادة الأطراف الصريحة او الضمنية في حالة تعبيرهم من ذلك وهذا هو منطوق النظرية الشخصية، والإ فانه يرتكن الى الموطن المشترك ومحل الأبرام في حالة عدم الاتفاق بين أطراف العلاقة التعاقدية وهذا ما نادت به النظرية الموضوعية ،وعن الوضع في القانون المصري ، يرى بعض من الفقه المصري[٣]، بات فلسفة المشرع في نصت المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري النافذ هو إعمال للنظرية الموضوعية، إذ يخضع العلاقة التعاقدية عند الاختيار الإرادي للقانون الواجب التطبيق ،القواعد الآمرة في القانون المختار، والكلام ذاته عند سكوت الإرادة عن الاختيار، حيث تخضع الرابطة التعاقدية لحكم القواعد الآمرة في القانون الذي حدده المشرع التركيز العقد فيه

أما القانون الفرنسي ، وإنه لم ينص التشريع هناك بصورة صريحة لكن يمكن التماس ذلك من خلال ، تارجح أحكام القضاء الفرنسي بين النظريتين، إذ انه اعتنق النظرية الشخصية في حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ ١٩٥٣/٦/٤ والذي امتنعت فيه المحكمة تجزئه العقد وتطبيق قوانين مختلفة على اجزاء العقد وقررت تطبيق قانون الإرادة على العقد برمته بما فيه قواعد الأمرة.

فحسبان عدم قابلية العقد للتجزئة[٤]، وسار في أحكام أخرى على تبني النظرية الموضوعية، إذ صادقت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٩١٠/١٢/٥على صحة فقرة عقد(فقرة الأعفاء من المسؤولية لسبب الأهمال) طبقا لأحكام القانون الفرنسي قانون مكان تنفيذ العقد، في حين إن الإرادة قد حددت قانونا آخر هو القانون الأمريكي المتمثل بقانون محل إبرام العقد[٥] وبخصوص موقف القانون الأمريكي، فيمكن

---

[١] نقلا عن د. بدران شكيب الرفاعي، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار الكتب القانونية، مصر ،٢٠١١، ص١٧٠_١٧١.

[٢] د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن ،ط١،،دار العربية للطباعة ،مطبعة الحكومة بغداد ،١٩٧٣، ص١٩٢.

[٣] انظر في بيان موقف الفقه المصري د. محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مصدر سابق ، ص ١٧٣ وما بعدها.

[٤] نقلاً عن د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، دار النهضة العربية القاهرة ،١٩٧٠ ، ص٥٤٢.

[٥] نقلاً عن د. سامي بديع و د. أسامه العجوز ، القانون الدولي الخاص ، بيروت ، ٢٠٠٠ ص٣٩٩.

استنتاجه من المادة (٢/١٨٧) من التقنين الأمريكي الأهلي لسنة ١٩٧١ والتي تنص على أن القانون الذي يختاره الأطراف لا يكون واجب التطبيق الا إذا كان للدولة المختار قانونها صلة جوهرية بالاطراف او العقد شرط انه لا يكون في تطبيق القانون المختار مخالفة للقواعد الآمرة للدولة التي يكون قانونها واجب التطبيق والتي يكون في تطبيقها لقانونها مصلحة اكبر من القانون المختار من قبل الأطراف[١] اما موقف الاتفاقيات الدولية المتعلقة بخطاب الضمان المقابل فتجد ان قواعد غرفة التجارة الدولية للضمانات لدى الطلب السنة١٩٩٢(CNUDCI) [٢] نصت في المادة (٢١) اعلى أن علاقة المصرف المحلي بالمصرف الأجنبي تخضع لقانون الإرادة كما بينت أن اختيار الاطراف يمكن أن يرد في العقد نفسه أو في قواعد وشروط تعهدات الاطراف[٣]، والحال نفسه ينطبق على اتفاقية اليونسترال (قواعد اتفاقية الامم المتحدة) لسنة ١٩٩٥ RUED [٤] ، التي منحت الأطراف إختيار القانون الواجب التطبيق وفق لنص المادة (٢٧)، والتي اقرت مبدا سلطان الإرادة بالنسبة لعلاقة الضمان المقابل مالم تنص علاقه الضمان المقابل على خلاف ذلك[٥].

---

(1)The Law of the State chosen by the parties to govern their contry applied, even if the partic ular issue is one which the parties could not have resolved by an explicit provision in their agreement – directed to that issue, unless either (a) the chosen state has no substantial relationship to the parties to the transaction and theirIn other reasonable basis for theparties choice. www.columbia.edu,mr 265, Rest2con f,187

(2)Commission des nations unies pour le droit commercial in Terational

مختصر العبارة باللغة الفرنسية

(٣) تنص المادة(٢١)على انه ((يخضع التعهد للقانون الذي يكون في اختياره : (ا) قد نص عليه في التعهد او يتبين من شروط واحكام التعهد او (ب) قد اتفق عليه بين الأطراف في غير هذا التعهد والجدير بالذكر ان نصوص هذه الاتفاقية بشأن الضمان المقابل الى أن الامر (المتعاقد الأجنبي) مع رب العمل الوطني يذهب إلى مصرف في دولته ويطلب منه ان . يصدر تعليمات الى المصرف الموجودة في بلد المستفيد بإصدار ضمان الصالح الأخير مع الإشارة الى مواد هذه الاتفاقية تكون ملزمه لكل الأطراف فيما عدا ما نصت عليه خلاف ذلك صراحة في الخطاب بمعنى جواز استبعاد الاطراف للقواعد كليا أو جزئيا ، انظر في ذلك د. وليد علي ماهر خطابات الضمان الدولية ، دراسة مقارنة – ط١'المركز الدراسات العربية القاهرة، ٢٠١٨، ص٢٥

(4) Regless uniformes relatives aux garanties sur demands مختصر العبارة باللغة الفرنسية

(٥) تنص المادة (٢٧) من الاتفاقية أعلاه على انه « مالم يكن قد نص على خلاف ذلك في الضمان أو الضمان المقابل فأن القانون الذي سوف يحكم الضمان يكون قانون البلد الذي فيه مقر عمل الضامن أو الطرف المصدر للتعليمات (حسب الأحوال) ، وإذا كان الضامن أو الطرف المصدر للتعليمات له اكثر من مكان يكون القانون هو قانون البلد الذي يقع فيه الفرع الذي اصدر الضمان أو الضمان المقابل، نصوص هذه الاتفاقية باللغة العربية والانكليزية والفرنسية متاحه في كتاب د. علي جمال الدين عوض المصدر سابق ، ملحق قواعد الخاصة بخطابات الضمان لسنة ١٩٩٥ ص ٤٢٩ – ٥٠٣.

الفرع الثاني

آليات تفعيل اختيار الأطراف لقانون خطاب الضمان المقابل

إذا كانت العديد من التشريعات[١]، تجيز للمتعاقدين حرية تعيين القانون الواجب التطبيق على التزاماتهم التعاقدية، الا أن تحديد هذا القانون يطرح التساؤل، فيما إذا كانت إرادة الأطراف يجب أن تكون صريحة، أم بالإمكان أن تكون ضمنية يمكن استخلاصها البعض المعطيات عند غياب الإرادة الصريحة لذا سنتطرق للإرادة الصريحة والضمنية في مجال خطاب الضمان المقابل من خلال الفقرتين الآتيتين :

اولاً : الإرادة الصريحة

أن إرادة المتعاقدين في خطاب الضمان المقابل لها الحق في إختيار القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تثار بينهم، شأنهم في ذلك شأن سائر العقود الدولية[٢]، كان يذكر الضمان المباشر (المصرف المحلي) والضامن المقابل (المصرف الأجنبي) صراحة في العقد على إخضاعه لقانون دولة معينه، إذ ان هذه الحرية في الأختيار تسمح للأطراف المتعاقدة في تحديد قانون ملائم مشتمل على أحكام تفصيلية تنظم عقد خطاب الضمان المقابل بصورة أفضل من أحكام قوانينهم الوطنية[٣]،

واختلف الفقه القانوني بخصوص إدراج بند في خطاب الضمان المقابل، يحدد القانون الواجب التطبيق ، إذ يرى جانبا منهم أن عدداً قليلاً من هذه الخطابات تشتمل بنداً تحدد القانون المنطبق ذلك أن هذا النوع من الضمانات يصدر في الغالب المصلحة رجال أعمال وهم غير قانونيين ، الذين كل ما يشغل بهم عامل السرعة والوقت وليس المسائل ذات الطبيعة القانونية ، بينما يذهب فقهاء آخرون ان معظم خطابات الضمان المقابلة تدرج بندا صريحا تعيين القانون الواجب التطبيق بشان المسائل التي تثار بصددها، لا سيما بعد ان تنبه المعنيون بأحقيتهم في تحديد القانون الواجب التطبيق[٤] والسؤال الذي يثار في هذا الصدد، مدى حرية اطراف خطاب الضمان المقابل على اختيار قواعد إتفاقية دولية مباشرة لحكم عقدهم ؟ يبدو ان اغلب

---

[١] انظر في عرض هذه التشريعات د.محمد السيد عرفه،القانون الدولي الخاص ،الكتاب الأول في التنازع الدولي للقوانين ، مكتبة العالمية ،المنصورة ،١٩٩١،ص٤٠٢_٤٠٨.

[2] Jean Robert, Larbitrage droit international prives, 5th edition dalloz, 1983, p. 233.

[٣] انظر بنفس المعنى د.صلاح الدين جمال الدين ،دور احكام التحكيم في تطوير حلول مشاكل تنازع القوانين ،دراسة في احكام المركز الدولي منازعات الاستثمار الوطني دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ،٢٠٠٤،ص٥٥

[4] لمزيد من التفاصيل حول هذه الآراء انظر Khaled Mohamed,la la letter de garantie apremiere demande droit internationai prive , these,paris, 2004,p.93 ets.

الفقه العربي مازال متمسكا بان القاضي الوطني يجب ان يطبق قانون دولة معينة، وليس إختيار قواعد إتفاقية بخلاف الوضع للمحكم الذي يتمكن من الرجوع الى القواعد الاتفاقية من دون قيد[١]، بخلاف الحال في الاتجاهات الحديثة في الفقه المقارن، والتي تسمح للأطراف باللجوء الى تطبيق هذا النوع من القواعد في عقدهم. مما يعد خروجاً واضحاً عن المبادىء، التقليدية في القانون الدولي الخاص[٢] ، فهذه القواعد الاتفاقية شرعت اصلاً لحكم العلاقات الخاصة الدولية بذلك تكون اكثر نجاعة لحكم النزاع مقارنة مع تطبيق قواعد قانونية داخلية وصنعت في تشريع وطني وثمة تساؤل يدور في الأذهان ماذا لوكان القانون المختار في خطاب الضمان المقابل يحقق منفعة الضامن المقابل (المصرف الأجنبي) على حساب الضامن المباشر المصرف الوطني باصطدامه بالقواعد الموضوعية الداخلية وتبنيها إتجاهات اجتماعية أو أشتراكية تتعارض مع القانون المختار ؟

يذهب بعض من الفقه[٣]، الى تقييد حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم ، بالقواعد الآمرة التي سنها المشرع لحماية الطرف الضعيف في العقود المختلة التوازن، أي الأبقاء على القانون المختار إذا كان يتفق مع روح القواعد الآمرة الموجودة في القانون الداخلي .

وعن موقف القانون العراقي والقوانين محل المقارنة من التساؤل أعلاه ، نجد أن المشرع العراقي في المادة (١/٢٥) سالفة الذكر من القانون المدني، اكتفى بذكر قاعدة عامة كرست دور الإرادة، في تعيين القانون المختص، من دون أن يجيب على التساؤل أعلاه والحال نفسه ينطبق على القانون المصري في المادة (١٩) من قانون المدني، في حين أن القانون الفرنسي ، فقد اتجه إلقضاء هناك الى تقييد حرية الأطراف في اختيار القانون بالنصوص الآمرة الموجودة في القانون الفرنسي ولو بصورة غير مباشرة[٤]، أما القانون الأمريكي فنجد أن التقنين الامريكي الاهلي في المادة (١٨٧) سالفة الذكر، نرى إنها صيغت بطريقة عامة تحول دون قصر حكمها على القواعد التي تهدف فقط حماية الطرف الضعيف، والأمر نفسه ينطبق على اتفاقية غرفة التجارة الدولية بباريس لسنة ١٩٩٢ المعدل، واتفاقية اليونسترال لسنة ١٩٩٥.

---

(١) انظر في عرض آداء الفقه العربي د. عبد الفضيل أحمد ،القانون الواجب التطبيق في منازعات التحكيم البحري الدولي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية تصدر عن كلية الحقوق في جامعة المنصورة ،العدد ٥٧'٢٠١٥'ص١٩٩_٢٠١.

(٢) انظر د. محمود محمد ، مصدر سابق ،ص٣٠٩

(٣) انظر في عرض الأداء الفقهية د. هشام علي صادق ، مصدر سابق ، ص٦٤٥_٦٥٢.

(٤) نقلا عن د. خالد عبد الفتاح ، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢، ص١١٧

وبدورنا نؤيد التزام القاضي بإعمال إرادة الأطراف الصريحة للأطراف في حال وجود رابطة قوية بين القانون المختار والعقد، الا في حالة وجود تحايل على القانون أو تعارضه مع النظام العام في دولة القاضي

ثانياً: الإرادة الضمنية

إذا لم يحدد المتعاقدان القانون الواجب التطبيق بصورة صريحة على خطاب الضمان المقابل، فان تعيين هذا القانون يمكن استخلاصه بصورة ضمنية من بنود عقد خطاب الضمان المقابل ومن ظروف وملابسات القضية، إذ تشكل هذه الظروف قرائن قضائية يمكن الارتكان اليها للكشف عن إرادة المتعاقدين الضمنية(١)، وهذه الإرادة يستشفها القاضي من ظروف الحال، وهي مسألة ترتبط بتفسير العقد لا تخضع لرقابة محكمة التمييز(٢).

ولقد استقر الفقه على وجود عدة قرائن يستطيع من خلالها القاضي أن يستدل على إتجاه إرادة الأطراف المتعاقدة باختيار قانون معين منها اخضاع خطاب الضمان المقابل الى محكمة معينة، أو بناءً على طلب المصرف الأجنبي (الضامن المقابل) والمصرف المحلي الى قانون معين(٣). اضافة الى ذلك يمكن الاستدلال عن هذه الإرادة من خلال اللغة التي حرر بها العقد مع مراعاة صعوبة إعمال هذه القرينة بمفردها للكشف عن الإرادة الضمنية، لأن إختيار لغة معينة لا يدل بالضرورة على إتجاه إرادة الأطراف الى تطبيق قانون الدولة التي يتعامل سكانها بهذه اللغة لاسيما اذا كانت لغة شائعة التعامل بها دوليا ، وأن إختيار أطراف العقد ما يرجع الى رغبتهم في تسهيل مفاوضاتهم ، من دون أن يخطر في بالهم إيجاد صلة مع احدى الدول التي تتكلم بهذه اللغة(٤).

ومنه القرائن أيضاً، إتفاق المتعاقدين على مكان تنفيذ العقد إن لم يكن هذا المكان معينا عند التعاقد، لكن هذه القرينة يصعب الاستدلال بها في الفروض التي تتعدد فيها أماكن تنفيذ العقد في أكثر من دولة(٥) ويمكن للعملة أيضاً أن تلعب دوراً في تحديد قانون العقد، الا انها لا تكفي وحدها لتعيين هذا القانون لاسيما

---

(١) انظر د. ابراهيم احمد إبراهيم ،القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين ،ط١،دار النهضة العربية ،القاهرة ،١٩٧٧، ص٣٤٤.

(٢) انظر د. حسن الهداوي ود. غالب علي الداودي ،القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الأجنبية ،ط١،مديرية دار الكتب ،الموصل ،١٩٨٨، ص١٥٣.

(٣) انظر د. هشام علي صادق دروس في القانون الدولي الخاص ،مصدر سابق ،ص٢٦١.

(٤) انظر د. احمد عشوش، النظام القانوني لعقد القرض الدولي ،مؤسسة شباب الجامعة ،١٩٩٠، ص١٤٢.

(٥) انظر د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص ،ط١، مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص٥٣٤.

اذا كان اختيارهم مبنياً على إعتبارات نقدية، علاوة على ذلك قد تستخلص الارادة الضمية من موطن الطرفين او محل إقامتهم ونادرا من جنسيتها المشتركة(١)، وتجدر الاشارة الى أنه يجب على القاضي عند استخلاصه للارادة الضمنية ،أن يجمع كل القرائن المتاحة ، والترجيح بينها للوصول التي اكثرها أهمية بالنسبة للمتعاقدين(٢).

ولبيان دور الارادة الضمنية في تعيين القانون المنطبق على خطاب الضمان نستعرض قضية Turkiye Is Bank As V Bank of China والتي تتلخص وقائعها(٣)، أنه بمناسبة عقد أبرمته شركة التركية مع الحكومة الليبية لأنشاء مصنع Eta construction and Trading هناك ، ابرمت هذه الشركة ثلاثة عقود مقاولة من الباطن مع احدى الشركات الصينية (china state construction)

اتفق من خلالها على قيام الشركة الصينية (csc) بإصدار خطاب ضمان مقابل مصرفي لصالح الشركة التركية (ETA) وتنفيذاً هذا الاتفاق وبناءأ على طلب الشركة الصينية، أصدر المصرف الصيني (Bank of China) ضماناً مقابلاً لصالح مصرف تركيا والذي أصدر بدوره (Turkey Is Banks ضماناً مباشراً لصالح الشركة التركية ، وقد اشتمل هذا الضمان الأخير فقرة تقضي بخضوعه للقانون التركي .

وعلى أثر حدوث نزاع بين الأطراف، طالب المصرف التركي بقيمة الضمان المقابل من المصرف الصيني ، إلا أن هذا الأخير رفض الوفاء بقيمته ، وعند عرض النزاع على محكمة(Queens Brech) الأنكليزية ، طالب المصرف الصيني بتطبيق القانون الصيني في حين أراد المصرف التركي إعمال قانونه ، ونظراً لعدم وجود إختيار صريح من جانب الأطراف المتعاقدة على القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان المقابل، اتجهت المحكمة الانكليزية الى تطبيق القانون التركي بوصفه قانون الإرادة الضمنية ، اذ رأت المحكمة أن صكوك الضمانات المقابلة قد اشتملت نصوص المنشور الاداري للمصرف التركي ، وكان هذا المنشور يحيل الى القانون التركي.

---

(1) Khaled Mohamed op,cit, p. 12

(٢) انظر د. عصام الدين القصبي ، النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية ، دراسة تحليلية خاصة بالأعتمادات المستندية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣ ، ص٢٣١

(3) Q.B-commercial court, 8-9 september, 1992-1993

وقد استشفت المحكمة من ذلك إتجاه الإرادة الضمنية التي تطبيق القانون التركي[١] ،وفي معرض تعليقنا على الحكم أعلاه ، نورد الملاحظات الآتية

١- ان حكم المحكمة الانكليزية استند على الارتباط القائم بين الضمان المقابل وطرفاه المصرف التركي والمصرف الصيني والضمان المباشر وطرفاه الشركة التركية والمصرف التركي، وان كان هذا الاتجاه يتفق مع الرأي الذي ينادي بتطبيق قانون موحد على جميع العلاقات الناشئة خطابات الضمان ، فهناك في قضيتنا اعلاه اربع علاقات.

العلاقة الأولى : عقد الاساس الذي يربط الشركة التركية بالشركة الصينية والذي يتمثل بعقد المقاولة من الباطن

العلاقة الثانية : هي علاقة الضمان التي تنشأ بين مصدر الامر الشركة التركية ومصرفها المتعاملة معه والموجود في الصين المتمثل بالشركة التركية بالتعامل مع مصرفها في دولتها

العلاقة الرابعة : علاقة الضمان المباشر وهي العلاقة التي تنشأ بين مصرف الضامن المباشر والموجود في تركيا مع الشركة التركية

إلا أن هذا الحكم قد يصطدم بأهم خصائص الضمان المقابل، إذ يتميز هذا الأخير بأنه منفصل عن عقد الأساس وعن باقي العلاقات الأخرى التي أشرنا إليها في أعلاه حيث يستمد الضمان المستقل فاعليته وقوته من استقلالية التزام الضامن المباشر (المصرف التركي) في مواجهة المستفيد (الشركة التركية) عن العلاقة بين مصدر الأمر المصرف الصيني) والمستفيد (الشركة التركية) و يترتب على ذلك عدم جواز الدفع من جانب المصرف الضامن المباشر بالدفوع المستمدة من عقد الأساس و التي كان يستطيع أن يدفع بها مصدر الأمر في مواجهة المستفيد، ولقد أقر القضاء الفرنسي هذه الاستقلالية

---

[١] جاء في حيثيات الحكم ما يلي :

"the text of counter–guarantees had been revised in the light of Turkish legislation and the clear import of the circular letter was that the form of contracts in each of the annexes would be gouvemed by Turkish law, in referring to that letter and adopting the form of the appropriate annexe, the defendants implicitly agreed with the plaintiffs that counter. grer antes would governed by Turkish Lawy

نقلا عن محمود لطفي محمود المصدر السابق ص' ٢٣٠

والنتائج المترتبة عليها[١].

٢- يجب توخي الحذر عند استخلاص الإرادة الضمنية في خطاب الضمان المقابل لان إتفاق الأطراف على تطبيق قانون معين على الضمان المباشر لا يعني اتجاه إرادتهم الضمنية الى إعمال هذا القانون أيضا على الضمان المقابل، والاحتجاج بالحكم أعلاه بوحدة الاطراف في العقدين ، يرد عليه بأن مصرف الضامن المقابل المصرف الصيني ليس طرفا في عقد الأساس بين الشركة التركية والشركة الصينية ،كما أنه ليس طرفاً في عقد الضمان المباشر بين الشركة التركية والمصرف التركي أما عن موقف القانون العراقي والقوانين محل المقارنة من إعمال الإرادة الضمنية

فقد جاء نص المادة (١/٢٥) سالفة الذكر من القانون المدني العراقي النافذ قاطعا في دلالته ، بالزام القاضي التحري عن إرادة المتعاقدين الضمنية إذا لم توجد ارادة صريحة بالذكره عبارة ....هذا مالم يتفق المتعاقدان او تبين من الظروف ان قانونا اخر يراد تطبيقه " وهذا ما سار عليه القضاء العراقي ، إذ قضت محكمة التمييز بان (أماعن سريان القانون فأن القانون العراقي هو الذي يطبق في هذه الدعوى عملاً بالمادة (٢٥) من القانون المدني، فقد ظهر في ظروف الدعوى أن الطرفين قد ارتضيا ضمنا بتطبيق القانون العراقي ،

---

(١) ويترتب على استقلال الضمان المقابل عدة نتائج فيما يتعلق بعقد الأساس ام بعقد الضمان المباشر .(أ) نتائج استقلال الضمان المقابل عن عقد الأساس ،الناحية الاولى :ابطال الضمان ليس له اثر على الضمان المقابل، كما ان استحقاق الضمان المقابل لايرتبط بميعاد الضمان الأصلي او عقد الأساس، اضافه الى ذلك ان المطالبة بالضمان تحدث وفقا لما تم الاتفاق عليه بين المصرف الضامن المقابل والمصرف الضامن المباشر. الناحية الثانية :ان أي تعديلات قد تطرا على عقد الأساس لاتوثر على عقد الضمان المقابل .الناحية الثالثه: ان مصدر الامر بالضمان الأول لايستطيع منع الضامن المباشر من الدفع الى المستفيد .الناحية الرابعة: ان كل مايرد في عقد الأساس من بنود او أشتراطات او التزامات تشتغل كاهل المستفيد ،لايوثر في اعمال الضمان المقابل ولا يمكن للضامن المقابل ان يحتج بأي بند مدروج في عقد الأساس. (ب) نتائج استقلال عقد الضمان المقابل عن الضمان المباشر ، الناحية الاولى : لايستطيع الضامن المقابل ان يمتنع عن تغطية الضامن المباشر بحجه قيام مصدر الامر بحجه خطاب الضمان بعد اصدارة .الناحية الثانية: لايمكن للضامن المقابل ان يتقاعس عن الدفع بحجه عدم تنفيذ المستفيد الالتزامتة الواردة في عقد الأساس. الناحية الثالثة : لايستطيع الضامن المقابل منع الضامن المباشر من الوفاء الى المستفيد بعد ان اصدر اليه تعليمات بذلك .الناحية الرابعة: لايجوز للضامن المقابل ان يسترد من الضامن المباشر المبلغ الذي دفعه بحجه ان ضمانه اصبح ساقطا باتفاق طرفي عقد الأساس . الناحية الخامسة: يلتزم الضامن المقابل بالوفاء بما تعهد به في الضمان للمصرف الضامن المباشر وفقا لما ورد في عقد الضمان المقابل . الناحية السادسة : ابطال الضمان المباشر وعدم فاعلية لاي سبب كان لايوثر على الضمان المقابل . لمزيد من التفاصيل حول هذه النتائج وإقرار المحاكم الفرنسية لهذه الاستقلالية . راجع د. محمد عبد الظاهر السيد ،مصدر سابق ،ص٢٨_٤٥

وقد اوضح الحكم المميز ذلك)[١] والحال نفسه ينطبق على القانون المصري في المادة (١/١٩) سالفة الذكر من القانون المدني المصري النافذ، أما في فرنسا وقبل نفاذ معاهدة روما لسنة ١٩٨٠ المعدلة بلائحة التنظيم الأوربي لسنة ٢٠٠٨ ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها تاريخ ١٩٨٧/١/٢٤الى إقرار قضاة الموضوع فيما خلصوا اليه من حكم مؤداه إخضاع العقد للقانون الفرنسي قولا بان العقد قد ابرم في باريس وتم تحريره باللغة الفرنسية والألمانية[٢]، وبخصوص الوضع في القانون الأمريكي ، وان كانت المادة (١/١٨٧) سالفة الذكر من التقنين الامريكي الأهلي ، تخضع العقود لقانون الدولة الذي اختاره الأطراف صراحة، الا ان جانبا من الفقه الأمريكي يؤيد العمل بالإرادة الضمنية للأطراف المستخلصة من إتصال العقد بقانون تعده صحيحاً بالمقارنة مع قانون أو قوانين أخرى تعده باطلاً ، وكذلك بقرينه اللغة التي حرر بها العقد[٣]، السوابق القضائية، قرارات المحاكم ، اما الاتفاقيات الدولية المتعلقة بخطاب الضمان المقابل ، فقد جاء نص المادة (٢١) من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس عاماً، والوضع نفسه بالمادة (٢٧) من قواعد اليونسترال لسنة ١٩٩٥، إذ أشارت كلتا الاتفاقيتين لتطبيق قانون الارادة دون الاشارة الى الإرادة الضمنية

وحسب رأينا المتواضع، أن إعمال الإرادة الضمنية لتحديد القانون لواجب التطبيق على خطاب الضمان المقابل، قد يؤدي الى تباين الحلول نظراً لتعدد العلاقات الناشئة عن هذه الضمانات ، فقد تميل بعض المحاكم الى تطبيق قانون المصرف الضامن المباشر على الضمان المقابل أو تطبيق القانون الذي يحكم عقد الأساس على جملة العلاقات التي تنشا عن الضمان لاسيما إذا أشار الأطراف في خطاب الضمان الى عقد الأساس كما أن الخشية من تحكم القضاء هي التي دفعت بعض الفقهاء الى عدم الاعتداد بإرادة الأطراف الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق ، إذ قد يعمل القاضي وتحت ستار الإرادة الضمنية الى تطبيق القانون الذي يرغب باعمالة بغض النظر عن الارادة الحقيقية للأطراف ، ما يؤدي الى الأخلال الصارخ بتوقعات الاطراف خاصة وان حرية القاضي في الكشف عن الإرادة الضمنية تعد مسالة موضوعية لا تخضع الى رقابة محكمة التمييز.

---

(١) قرار محكمه التمييز العراقية ذي العدد ١٩٩ مدنية عامه اولى ،١٩٧١ في،١١/٣، ١٩٧٢،منشور في مجلة القضاء الصادرة عن نقابة المحامين العراقية العددان ،او٢، ١٩٧٢ص٢٤٦.

(2) Rev.crit, 1978, 689 not dela pore; J.C.P, 1978, II/8821

(٣) نقلا عن د. احمد عبد الكريم سلامه ، مصدر سابق ، ص١١٠٠.

المطلب الثاني

المعايير الموضوعية المطبقة على خطاب الضمان المقابل عند غياب الاختيار

إن غياب دور الإرادة ، صريحة كانت أم ضمنية عن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد خطاب الضمان المقابل، يجعله يخضع لقانون الدولة الاوثق صلة به، إلا أن هذه الصلة الوثقى انقسمت بين اتجاهين، إذ يتجسد الأتجاه الأول بوضع ضوابط احتياطية من قبل المشرع، يلتزم القاضي بتطبيقها ،في حين يتميز الأتجاه الثاني بالمرونة بترك مساحة إجتهاد للقاضي يحدد من خلالها القانون الأوثق، صلة بخطاب الضمان المقابل، لذا سوف نتناول هذين الاتجاهين، من خلال فرعين نخصص ألاول الى منهج الاسناد الجامد وسنبحث في الثاني المنهج الاسناد المرن

الفرع الأول

معايير الإسناد الجامدة لتحديد قانون خطاب الضمان المقابل

يلعب المشرع دورًا رئيسيًا في تحديد أو تركيز الرابطة العقدية عند غياب قانون الإرادة في هذا الاسناد، وذلك من خلال إيراد ضوابط معينة يلتزم القاضي بتطبيقها من دون أن يترك له الاجتهاد بشانها، عدا ما يلزم لفهم الضابط التشريعي وتطبيقه على نحو سليم يتفق مع مقتضيات العدالة[١] وتكاد تنحصر هذه الضوابط، بقانون الموطن المشترك للمتعاقدين وقانون بلد إبرام العقد ومحل تنفيذه، وبالتفصيل الاتي:

أولا : ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين

يعد هذا الضابط من ظروف الاسناد الاحتياطية التي حددتها المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد في حالة إنتفاء قانون الإرادة او قد منح المشرع العراقي لهذا الضابط الموقع الأول في الترتيب كضابط إسناد أحتياطي يطبق عند غياب قانون الإرادة[٢] ويؤسس أنصار هذا الضابط الأدلة عنه بالقول

---

[١] انظر د. بشار محمد الاسعد ،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ،اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة عين شمس ،٢٠٠٤، ص٢٢٥.

[٢] تقابلها م(١/١٩) من القانون المدني المصري ،اما بقيه القوانين محل المقارنة والاتفاقيات ذات الشأن ،فلم يدرج بها هذه الضابط،الا ان جانبا من الفقه الفرنسي يفضل تطبيق قانون الموطن المشترك بدلا من قانون الجنسية المشتركة للطرفين ، وذلك لأرتباط الأشخاص بالمكان الذي يقيمون به ويعيشون به بشكل اكثر من أي مكان اخر

بأن قانون موطن المشترك هو ذلك القانون الذي يعرفه المتعاقدون أكثر من غيره، لذا فانهم اعتادوا أن ينظموا سلوكهم استناداً لاحكامة، وبالتالي يمكن أن يتوقعوا ما يترتب على تطبيقه من أثار سلبية أو إيجابية بالنسبة لهم[١] وبالرغم من وضوح هذا الضابط، إلا أنه لم يسلم من النقد، وذلك لأنه لا يصلح في كل الحالات لتحديد القانون الواجب على العقود الدولية، وبصفة خاصة خطاب الضمان المقابل، لان مسألة موطن المشترك للمتعاقدين، فرض لايمكن تصورة في علاقة الضمان المقابل فقد سبق وأن عرفنا، وبناءً على طلب المستفيد، يعطي مصدرً للأمر تعليماته لمصرف المتعامل معه ، والموجود في دولته بإصدار ضمان للمستفيد في دولة هذا الأخير مما يعني أن المصرف الضامن المقابل والمصرف الضامن المباشر وهما طرفا عقد الضمان المقابل لا يمكن أن يتواجدا في دولة واحدة، وفي حالة تصور ذلك ، فلا مبرر لوجود الضمان المقابل نفسه ويكفي خطاب الضمان الأصلي

ثانياً: – ضابط محل ابرام العقد

يعد هذا الضابط من ظروف الإسناد الاحتياطية التي حددتها المادة(١/٢٥) من القانون المدني العراقي لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد في حالة إنتفاء قانون الإرادة، وقد منح المشرع العراقي لهذا الضابط الموقع الثاني في الترتيب، بعد الموطن المشترك للمتعاقدين

كضابط إسناد أحتياطي يطبق عند غياب قانون الإرادة[٢]، ومن المبررات التي قيلت بشأن إعمال هذا الضابط أنه يعبر عن محل ميلاد العقد ، كما يتم الرجوع اليه للتأكد من سلامة الشروط القانونية المدرجة فيه، وأنه يكفل وحدة القانون الذي يحكم العقد، لاسيما في الفرض الذي تتعدد فيه أماكن التنفيذ، فضلاً عن أنه قد يتطابق مع محل تنفيذ العقد[٣].

Pillat, Prive international droit de partique, II, 1924.9.168 انظر.

[١] لمزيد من التفاصيل انظر طارق عبد الله عيسى ،تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية ،اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون في جامعة بغداد ،٢٠٠١، ص١١٥.

[٢] تقابلها م(١/١٩) من القانون المدني المصري ،اما في فرنسا فقد اقرت محكمه النقض الفرنسية الصفة الاحتياطية لهذا الضابط وجعلته في المرتبة الثانية بعد قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين. نقلا من د. حسام الدين فتحي ناصف ،حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين،ط١،دار النهضة العربية ،القاهرة ،٢٠٠٤،ص٤١.كما انه يمثل اهم ضابط الاسناد التي اشارت اليها مادة (١/١٨٨) سالفه الذكر من التقنين الأمريكي ،نجلا من الاتفاقيات الدولية ذات شان التي لم تعد اهميه لهذا الضابط.

[٣] انظر د. احمد عبد الكريم سلامة ،نظرية العقد الدولي ، مصدر سابق ، ص١٩١.

غير أن هذا المعيار لم يسلم من النقد، منها أن محل ابرام العقد وان عبر عن محل ميلاد العقد إلا أنه لا يعبر بصدق عن حقيقة مصالح الأطراف المرتبطة بالعقد، كما أنه ليست من الصحيح أن يرجع الى قانون محل ابرام العقد لتأكد من سلامة الشروط القانونية المدرجة فيه ،اذ يلاحظ من جهة أن المتعاقدين لا يفكرون عادة عند التعاقد في مدى صحة هذه الشروط استناداً للقانون الواجب التطبيق، و إذا ثار النزاع فيما بينهم بعد ذلك ، فانه من المناسب أن يطبق عليهم القانون الذي يعبر عن مصالحهم الحقيقية وليس القانون السائد في مكان الإبرام الذي لا تتركز فيه المصالح الا بالمرحلة الأولى من مراحل العملية التعاقدية[١]، وعن مدى ملائمة هذا الضابط في خطابات الضمان المقابلة، فاننا نرى هذا الضابط وان كان يحقق اليقين القانوني ويلبي توقعات الأطراف المشروعة، إلا أنه لا يعد ملائماً للصور الحديثة لمعاملات التجارة الدولية في ظل وجود وسائل الاتصال الحديثة وصعوبة تحديد محل الإبرام ولاسيما أن معظم معاملات المصارف تتم خلال الفاكس أو التلكس أو رسائل البيانات .

ثالثًا: ضابط مكان تنفيذ العقد

لم يرد ضابط مكان تنفيذ العقد ضمن الضوابط التي نصت عليها المادة (١/٢٥) سالفة الذكر من القانون المدني العراقي النافذ[٢] ، ويتصل هذا الضابط بموضوع العقد أكثر من محل ميلاده، إذ تعد مرحلة تنفيذ العقد من أهم مراحل العملية التعاقدية، مما يكرس أهمية هذا الضابط في تحديد القانون الواجب التطبيق لارتباطه بمصالح الاطراف في تنفيذ العقد، واذا كانت مصلحة المتعاقدين تتحقق بتطبيق قانون المكان الذي يجب فيه تنفيذ العقد، فان مصلحة الدولة قد تتجسد أيضًا في تطبيق قانونها على العقود التي يراد تنفيذها على أقليمها[٣]، وإذا كان إسناد العقد الى قانون مكان التنفيذ تحقيق العديد من المزايا ،الا انه تعرض الى عدة انتقادات منها أنه يؤدي الى تجزئة العقد وذلك عند تعدد أماكن التنفيذ وتعذر تحديد محل التنفيذ الرئيسي من بينها، كما يتعذر الاسناد استناداً إلى هذا الضابط، إذا لم يحدد المتعاقدون محل التنفيد منذ البداية ،لاسيما إذا ثار النزاع بين الأطراف قبل البدء بالتنفيذ[٤]، وعن مدى أهمية هذا الضابط في خطاب

---

(١) لمزيد من التفاصيل حول الانتقادات التي تعرض لها هذا الضابط انظر د. هشام علي صادق ،القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ،منشاه المعارف الإسكندرية ،١٩٩٥،ص٤١٩ وما بعدها

(٢) هذا هو حال المادة (١/١٩) مدني مصري ،اما في فرنسا فقد اشارت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر عن الدائرة الاجتماعية لها في ١٩٨٤/١/٢٥الئ هذا الضابط وان لم تأخذ به Cass-Soc. 25-Janjers -1984, Rev. crit,1985 p. 327

(٣) انظر د. احمد عبد الكريم سلامة ، مصدر سابق ، ص١١٠٧.

(٤) لمزيد من التفاصيل حول هذه الانتقادات انظر د. عصام الدين القصبي ، مصدر سابق، ص ٤٤ ومابعدها

الضمان المقابل ، نرى أنه يحقق مصلحة الطرف المستورد أو المشتري اورب العمل على حساب المقاول أو المورد او المتعهد ، ذلك أن المشتري أورب العمل يطلب من المقاول اصدار خطاب ضمان من مصرف هذا الأخير إلى مصرف رب العمل ، وبذلك يكون بلد التنفيذ هو بلد المصرف المحلي وبذلك يضمن المشتري اورب العمل وخاصة في المزايدات او المناقصات الكبيرة تطبيق قانونه، والذي يكون أفضل من وجهة نظره من القانون الأجنبي ،لذلك نتمنى من المشرع العراقي تضمين المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي على هذا الضابط، بحيث تكون له الأولوية على الضوابط سالفة الذكر ومما تقدم في أعلاه ، نرى ان الضوابط الإسنادية السابقة الجامدة متباينة في قوتها وفي حالة إنطباقها على خطاب الضمان المقابل، فتجد أن قانون الموطن المشترك للمتعاقدين بالرغم من انه يحقق مصالح وتوقعات الأطراف الأ أنه لا يمثل مركز الثقل في العقد كما انه من النادر وجود المصرف الضامن والمصرف المباشر في دولة واحدة ، أما بخصوص قانون الدولة التي أبرم فيها العقد فيفقد فاعليته في تحقيق مصالح أطراف العقد أو بوصفه مركز الثقل للعقد، وبالنسبة لقانون الدولة التي تم فيها تنفيذ العقد، فهو يحمل في طياته الغايتين بامكانه تحقيق مصالح الأطراف المتعاقدة وممثلاً لمركز الثقل في العقد لبعض الحالات .

واذا كنا قدد اردفنا سابقاً بدعوة المشرع العراقي بإعادة النظر في ترتيب نص المادة (١/٢٥) سالفة الذكر، تكون الاولوية الى مكان تنفيذ العقد ومن ثم محل الابرام ومن بعده الموطن المشترك، الا أننا في الوقت نفسه نرى العديد من السلبيات ترافق تطبيق هذه ضوابط الاسناد الجامدة، الأمر الذي يدعونا إلى معرفة منهج الإسناد المرن ومدى توافقه مع خطاب الضمان المقابل وهذا ما سوف نتطرق إليه في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الثاني

معايير الإسناد المرنة لتحديد قانون خطاب الضمان المقابل

فلسفة هذا المنهج تقوم على منح القاضي الناظر للنزاع سلطة تقديرية في تحديد القانون الأكثر صلة بالعقد، وفقاً لضوابط موضوعية أو شخصية في حالة غياب قانون الارادة، و نظر لان الضوابط الشخصية المرنة، كالقانون الأصلح للطرف الضعيف وقانون الوسط الاجتماعي[1]، تقتصر على العقود الدولية المختلة التوازن، لذا تتركز الدراسة وفقاً لمنهج الإسناد المرن على فكرة الأداء المميز في العقد

---

(١) لمزيد من التفاصيل حول الضوابط المرنة شخصية كانت ام موضوعية انظر حسين نعمه نغيمش، الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين دراسة مقارنة أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون في جامعة بابل،٢٠٢٢، ص١٩٥_٢٠٧.

من خلال التطرق الى مفهوم هذه الفكرة كفقرة اولى، وتطبيقها على خطاب الضمان المقابل كفقرة ثانية

أولاً :- فكرة الأداء المميز

ان مضمون هذه الفكرة يتمثل بتفريد معاملة العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد، وفقا للوزن القانوني والأهمية الواقعية للأداء أو الالتزام الأساسي في العقد، ومكان وفاءه أو تقديمه(١)، فبالرغم من أن العقد الواحد يرتب العديد من الالتزامات، إلا أن أحدها هو الذي يميزه ويعبر عن جوهره وبالتالي الاقتصار عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق برمته(٢)، فضابط الأداء المميز هو الذي يسمح بتمييز العقود بعضها عن بعض، فالأداء المميز لا يكمن في الأداء المتعلق بدفع الثمن، وهو الالتزام الذي يشترك فيه أغلب العقود وإنما يتمثل في الالتزام المقابل ، كالتزام البائع في عقد البيع والتزام المؤجر في عقد الإيجار والتزام الناقل في عقد النقل(٣) وعليه أن فكرة الأداء المميز تهدف إلى وضع معيار مسبق ذي طبيعة موضوعية، يستدل من خلاله على الصلة الأوثق بالرابطة التعاقدية وفقا لطبيعتها الذاتية يتم تعيين الأداء الجوهري في الفرض من أجل إسناده الى قانون المدين الملتزم بهذا الأداء(٤)، ويتميز هذا الضابط ببساطة المتناهية مقارنة بأي ضابط موضوعي آخر مثل، محل لإبرام العقد أو مكان تنفيذه، اللذان قد يصعب تحديدها في بعض الأحيان، إذ يتجسد بساطة في أننا منذ البدء نستطيع أن نحدد الأداء المميز في كل فئة من العقود ذات الطبيعة الواحدة مثل عقد بيع المنقولات، بوصفه المعيار المنضبط الذي سيسنده العقد وفقًا للقانون السائد في مكان تنفيذه المفترض لهذا الأداء والذي يتمثل بمحل إقامة المدين المعتاد بصرف النظر عن الظروف الواقعية المحيطة بالتعاقد في الحالة المعروضة(٥).

---

(١) ظهرت فكرة الأداء المميز للعقد أولا في الفقه والقضاء السويسري ،لذا كان من لطبيعي ان تقنى في بلد ابداعها اذ نصت المادة (١٧) من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة ١٩٨٧ على ان «١.يسري على العقد عند غياب اختيار القانون ،قانون الدولة التي له بها اكثر الروابط وثوقا ٢.وتعتبر تلك الروابط موجودة في الدولة التي بها الاقامة العادية للطرف الذي يجب ان يقوم الأداء
المميز » كما نصت على اتفاقية روما المتعلقة بالالتزامات التعاقدية لسنه ١٩٨٠ وتعديلاتها في المادة (٤/٢) والقانون المدني الألماني لسنه ١٩٨٦ في المادة (٢/٢٨) .نقلا عن د. احمد عبد الكريم سلامه ،مصدر سابق ، ص١١٠٤.

(٢) انظر د. احمد محمد الهداوي ،حمايه العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،٢٠٠٠، ص١٤٤.

(٣) انظر د. خالد عبد الفتاح ،مصدر سابق ، ص١٥٤.

(4)Bernard Audit, Droit International Prive zedrnrd pariseconmica1997-P.154

(٥) انظر د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص٤٤٥

كما أنه يحول دون تجزئة العقد وبالتالي إخضاعه لأكثر من قانون لتعدد الالتزامات الناشئة عنه، ويكفل تحقيق الأمان القانوني للمتعاقدين لسهولة معرفة القانون الواجب التطبيق منذ لحظه ابرامه لذا يعد من الضوابط المرنة التي يترتب على تطبيقها اختلاف القانون الواجب التطبيق باختلاف طبيعة العقد محل النزاع(١).

ورغم المزايا المتقدمة لفكرة أداء المميز، إلا أنها لم تسلم من النقد إذ يرى بعض من الفقه أنها لا تصلح للأنطباق الا على العقود البسيطة، اما العقود المعقدة مثل عقود التأمين وإعادة التامين وعقود المقايضة فانة يصعب تحديد الأداءات المميزة لها وبالتالي تؤدي إلى الاخلال باليقين القانوني، إذ يستعصي في مثل هذه العقود تحديد صاحب الاداء المميز (٢) .

و بخصوص موقف القانون العراقي والقوانين محل المقارنة من هذا الضابط فنجد أن المادة(١/٢٥) من القانون المدني العراقي سالفة الذكر، لم تشر الى فكرة الأداء المميز ، اللهم إلا إذا قلنا أن هذه الفكرة أصبحت مبداً عاماً يمكن الارتكان اليها استناداً إلى نص المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي(٣)، الا أن تحليلنا أعلاه قد يجابه بالاعتراض، باعتبار أن المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي وفي حالة غياب إرادة الأطراف اكتفى المشرع بالتدخل بالإحالة الى موطنهما المشترك والمكان الذي تم فيه العقد.

والحال نفسه ينطبق على القانون المدني المصري الذي لم يدرج في المادة (١/١٩) سالفة الذكر الى هذه الفكرة، وأحال النقص التشريعي الحاصل في مسائل تنازع القوانين الى المادة (٢٤) من نفس القانون(٤).

أما في فرنسا وبعد إنضمامها في عام ١٩٩١ لأتفاقية روما وتعديلاتها المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية(٥)، فقد كرس القضاء هناك هذه الفكرة، عندما قررت محكمة استئناف تشير نوبل بخصوص عقد مبرم بين شركة أيطالية مقرها الرئيسي في إيطالية ومشتري فرنسي تطبيق القانون الايطالي

---

(١) انظر د. احمد عبد الكريم سلامة ، مصدر سابق ، ص١١٠٥.

(2)Seatzu, insurance in private international Law A European Perspective,Hart publishing c10.2003, p.103

(٣) تنص المادة (٣٠) مدني عراقي على ان« يتبع فيما لم يرد بشان نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا»

(٤) تنص المادة (٢٤) مدني مصري على ان لا يتبع فيما لم يرد في شانه نص خاص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص"

(٥) لائحة روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لسنة ٢٠٠٨ متاحة على الرابط الالكتروني الاتي https://eur-lex.europa.eu/legal

كونه قانون المدين بالاداء المميز في العقد، مستندة في ذلك على المادة (٢/٤) من اتفاقية روما سالفة الذكر التي تجيز العمل بهذه الفكرة[١].

وعن الوضع في القانون الأمريكي، فأن فكرة الاداء المميز قد لاقت تأييد من قبل الفقه الأمريكي، كما يمكن تلمسه بانضمام أمريكا إلى إتفاقية مكسيكو المختصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية لسنة١٩٩٤، إذ نصت المادة (٩) منها على انه «في حالة عدم إختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم أو إذا أتضح أن أختيارهم غير فعال فيطبق على العقد قانون الدولة التي يتصل بها إتصالاً وثيقاً، ويجب على المحكمة لغرض تحديد هذا القانون فحص كافه العناصر الموضوعية والشخصية المتصلة بالعقد، ومع ذلك إذا كان جزء من العقد منفصل عن بقية الأجزاء وكان له صلة وثيقة بدولة أخرئ فان قانون تلك الدولة وبشكل استثنائي سوف يطبق على هذا الجزء العقد ،ومن الممكن تطبيق الاعراف ومبادئ القانون الدولي والعلاقات التجارية إعمالا لقواعد الدول و الانصاف ».[٢]

اما فيما يخص الاتفاقيات الدولية ذات الشأن فنرى ان المادة (١٠) من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس قد كرست هذه الفكرة بقولها بان «بخصوص الضمانات التعاقدية التي جاء فيها أنه في حالة خلو الضمان الى ما يشير الى القانون الذي يحكم العقد، فان القانون الواجب التطبيق على هذا العقد هو قانون المكان الذي يمارس فيه الضامن أعماله، واذا كان لدى الضامن أكثر من مكان لممارسة أعماله فان القانون الواجب التطبيق هو قانون مكان الفرع الذي اصدر الضمان»

كما ان المادة (٢٢) من قواعد اليونسترال سالفة الذكر قد أقرت بتطبيق قانون الدولة التي يوجد فيها مكان أعمال الضامن في حالة عدم الاختيار من قبل الأطراف لقانون الواجب التطبيق[٣].

ثانياً : – فكرة الأداء المميز في خطاب الضمان المقابل

بالنسبة للعمليات المصرفية فأننا نفرق بين فرضين: الأول العمليات المصرفية التي يكون أحد طرفيها مصرف كما هو الحال في خطاب الضمان العادي، ففي هذه الحالة يكون أداء المصرف هو الأداء المميز في العقد، وبالتالي فأن قانون الدولة التي يوجد فيها المصرف هو الذي يحكم العقد[٤].

---

(١) قرار محكمة تشير نوبل الصادر في ١٩٩٥/٩/٣١ منشور على الموقع الالكتروني http://cisqw>.Law.pace-edu/case/950/3fi.html
تاريخ الزيارة ٢٠٢٥/٣/٢١

(٢) نقلا عن د. احمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق ، ص١١٠٩.

(3) Khaled Mohamed ,op. cit,p.290.

(4)Thierry Bouneau, droit bancaire, zemeditionc 1996 P_406.

مصداقا لذلك ما جاءت به المادة (١٠) من القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية بباريس سالفة الذكر والتي نصت« على أنه لولم يشتمل الضمان ما يشير الى القانون الذي يحكم العقد ،فان القانون الواجب التطبيق على هذا العقد هو قانون مكان إعمال الضمان، وإذا كان لدى الضمان أكثر من مكان أعمال ، فان القانون الواجب التطبيق هو قانون الفرع الذي أصدر الضمان »أما الفرض الثاني فهو خاص بالعقود التي تبرم بين مصرفين كما هو الحال في بحثنا محل دراسة (خطاب الضمان المقابل) اذ ان هذا العقد يتم بين المصرف الضامن المقابل والمصرف الضامن المباشر، فاي منهما يؤدي الأداء المميز في العقد، وبالتالي يكون قانون الدولة الذي يوجد فيه هو الواجب التطبيق.

لتعيين صاحب الأداء المميز في عقد خطاب الضمان المقابل يجب ان ننظر الى موضوع العملية لتحديد أي من المصرفين يأخذ وضع العميل وايهما يأخذ وضع مقدم الخدمة، وبالتالي يعد مقدم الأداء لمميز في العقد[١] إذ اننا يجب ان لانلتزم بمنهج الاسناد الجامد فيما يتعلق بالحلول الخاصة بمشكلة تنازع القوانين وأنما يجب أن ننهض وفقا لمنهج علمي يأخذ بظروف وملابسات كل عملية على حدة[٢] .

ولقد اختلفت الآراء حول من يقدم الأداء المميز في عقد خطاب الضمان المقابل وبالتالي يطبق قانونه، ومن يأخذ وضع العميل ويكون دوره ثانويا وكآلاتي

الرأي الأول: يرى انصار هذا الرأي إلى أن المصرف الضامن المباشر الموجود في دولة المستفيد (رب العمل، المشتري) هو الذي يؤدي الأداء المميز ومن ثم يجب تطبيق قانونه ،فالمصرف الضامن المباشر وبناءاً على تفويض من المصرف الضامن المقابل، قام بتسليم الضمان للمستفيد بمجرد طلب هذا الأخير، إضافة الى ان المصرف الضامن المباشر الموجود في دولة المستفيد يلتزم بتنفيذ الأعمال والخدمات المخولة اليه من قبل الضامن المقابل وفقاً لبنود الاتفاق الذي يربط الطرفين وحسب التعليمات الصادرة من المصرف الضامن المقابل، ولاسيما وأن هذا الأخير يلتزم بأن يرد للمصرف الضامن المباشر كل المصاريف الذي التزم بها الأخير تجاه المستفيد[٣] .

ويضيف أصحاب هذا الرأي، بأن الواقع العملي أظهر أن الضامن المباشر هو الذي يحرر نص الضمان المقابل وأن المصرف الضامن المقابل يرتبط حسب أوامر مصدره، كما أن الضامن المباشر يلتزم بصفته وكيلا عن الضامن المقابل أي انه يلتزم تجاه المستفيد وينفذ مايلتزم به لصالح الضامن المقابل، ومن

---

(١) انظر بنفس المعنى د. عكاشة محمد عبد العال ،مصدر سابق ، ص١٥٢.

(٢) انظر د. عصام الدين القصبي ،مصدر سابق ،ص١١٧

(3) Khaled Mohamed,op,cit,P.187_188

المعلوم أن عقد الوكالة يخضع عامه لقانون الدولة التي تصرف فيها الوكيل أو لقانون الدولة التي توجد فيها مؤسسته الرئيسية، طبقا لاتفاقية لاهاي المنعقدة بتاريخ ١٩٧٨/٣/١٤المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود الوسطاء والوكلاء[١].

وعليه ومن كل ما تقدم وحسب هذا الرأي بان من الضروري أن يخضع الضمان المقابل لقانون المكان الموجود به المصرف الضامن المباشر بحسبان أنه الذي يؤدي الأداء المميز في العقد .

الراي الثاني: يذهب انصاره الى أن قانون الدولة التي يوجد بها الضامن المقابل (مصرف مصدر الأمر سواء كان هذا الأخير مقاول أو بائع) هو الواجب التطبيق على خطاب الضمان المقابل، لأنه بتحليل هذا العقد، يتبين أن المصرف الضامن المقابل تصرف في العملية بصفته ضامناً، حيث أنه ضمن أن يدفع للضامن المقابل ما قام بدفعه هذا الأخير للمستفيد أما المصرف الضامن المباشر فيأخذ هنا وضع العميل ، ومن ثم فإن أداء المصرف الضامن المقابل يعد هو الأداء المميز في العقد وبالتالي فأن قانون الدولة الكائن بها هذا المصرف هو القانون الواجب التطبيق[٢].

وترجيح أصحاب هذا الراي لقانون الدولة التي يوجد بها المصرف الضامن المقابل مروه أن هذا المصرف الأخير يتصرف في هذه العملية بوصفه الطرف الذي يورد الأداء المميز في العقد بالنظر الى موضوع العقد ولذا فان قانونه بعد أكثر القوانين ملائمة لحكم هذا العقد[٣]، لان مبدأ تطبيق القانون الأقل إزعاجا لأطراف العقد والذي ينادي به بعض الفقهاء الالمان لا تقف نتائجه عند حد تطبيق قانون الأداء الأكثر تميزًا للعقد من منظور أن هذا الأداء يرتبط بمهنة أحد الأطراف ولكن هذا المبدأ يصلح أيضًا أساسا لترجيح تطبيق قانون الأداء الأكثر تميزًا للعقد من زاوية أن هذا الأداء هو الأكثر ارتباطًا بموضوع العقد[٤].

راي الباحث :

حسب وجهة نظرنا المتواضعة، فإننا نؤيد الرأي الثاني لما أوردوه من حجج منطقيَّة تقدم ذكرها ونضيف اليها ما يلي: أن عملية الضمان المقابل تتركز من الناحية الاقتصادية والفنية والقانونية في دولة المصرف الذي يؤثر في العملية المصرفية ويتأثر بها من حيث هدفها النهائي، وهي بالتأكيد الدولة التي يوجد فيها الطرف الذي يؤدي الأداء المميز وهو الضامن المقابل، أضف إلى ذلك أن الأداء المميز لا يتقيد بإسناد

---

(١) انظر في هذا الراي وبصدد العمليات المصرفية بشكل عام د. عكاشه محمد عبد العال ،مصدر سابق ،ص١٥٣_١٥٤
(1) Khaled Mohamed, op.cit, P. 188-189

(٣) انظر د. عكاشه محمد عبد العال ،المصدر السابق ، ص١٥٤.

(٤) انظر د. عصام الدين القصي ،المصدر السابق ، ص١١٤.

عام محدد سابقا وانما هي فكرة لها إسناد وصفي بمعنى أنها تربط العقد بالنظام العام الذي يحقق فيه وظيفته الاقتصادية والاجتماعية، أي أنه اسناد إلى جوهر العقد وموضوعه لاستخلاص الأداء الذي يميزه .

ومصداقاً لما نقول ،فإننا ندرج بعض النصوص التي وردت بشأن خطاب الضمان المقابل ، فعلى سبيل المثال ما نصت عليه المادة (٢٧) من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس سالفة الذكر والمتعلقة بخطابات الضمان بمجرد الطلب، اذ جاء فيها «مادام لايوجد نص مخالف في الضمان او الضمان المقابل فان القانون الذي يحكم الضمان أو الضمان المقابل هو قانون الدولة التي يقع فيها مقر عمل الضامن المقابل، واذا كان للضمان او الضامن المقابل أكثر من مكان يطبق قانون الدولة التي يقع فيها الفرع الذي أصدر الضمان أو الضمان المقابل»[١].

اضف الى ذلك أن المادة (٢٢) من اتفاقية اليونسترال سالفة الذكر تنص على تطبيق قانون الدولة التي يوجد فيها مكان اعمال الضامن في حالة عدم الاختيار من قبل الاطراف للقانون الواجب التطبيق.

ومايؤيد وجهه نظرنا ، ما قضت به بشكل واضح وصريح محكمة استئناف لكسمبورغ في حكمها الصادر في ١٩٨٣/٣/١٦[٢].

فبعد أن قضت محكمة أول درجة بأن القانون الواجب التطبيق على عقد الضمان المقابل هو قانون الدائن (المصرف الضامن المباشر) وبالتالي قامت بتطبيق القانون التركي، إلا أن محكمة الاستئناف هناك قضت بتطبيق قانون المصرف الضامن المقابل، وجاء في هذا الحكم فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق «أن يحكم الضمان بالقواعد المستقلة ، وفي هذا الصدد فأن القانون الواجب التطبيق على الضمان المقابل ليس قانون الدائن وفي غياب الاختيار من قبل الأطراف للقانون الواجب التطبيق ، يحكم العقد بقانون الدولة التي يوجد فيها الطرف الذي يؤدي الأداء المميز، وفي هذا المقام هو قانون الدولة التي يوجد فيها موقع المصرف الضامن المقابل »[٣].

---

(١) نصوص هذه الاتفاقية باللغة العربية والإنكليزية والفرنسية متاحه بمولف د.علي جمال الدين عوض، مصدر سابق، ص٤٣٩ ومابعدها.

(2) C.A Luxembourg du 16 mars 1983 ,dalloz 1983,IR299 Vassur, op.cit, p.293

(3) حيثيات الحكم باللغة الفرنسية La garantie est régie par des règles autonomes etsa ce titre, le droit applicable à cette sureté nest pas forcement ce las du Créancier. En absence de volonté écrancier, le contrat se rettache davantage au droit de celui qui forritt la prestation caractéristiques en l'espèce au droit de état dans lequel la bangune contre guarantor & Son habituale نقلا عن"

وتأكد ذلك أيضا في الحكم الصادر من محكمة استئناف باريس في ١٩٨٥/٧/٢٦في قضية BNPC المصرف التجاري لرواندا s.a Sple Battignolles وصل القضاء الفرنسي الى نفس النتيجة وطبق القانون الفرنسي بوصفه قانون المصرف الضامن المقابل، وأشارت المحكمة الى أنه في ظل خلو عقد الضمان المقابل من بند الاختصاص التشريعي وعدم ذكر الاطراف القانون الذى يحكم في عقدهم يطبق القانون الفرنسي بوصفه قانون الدولة التي يوجد فيها المصرف الضامن المقابل[١].

وعليه ومن كل ما تقدم نقترح على القضاء العراقي، في مثل هذه الحالات، أن يطبق قانون المصرف الضامن المقابل بوصفه الطرف الذي يؤدي الأداء المميز استناداً إلى نص المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي، حتى يتخلى عن الجمود الذي تضمنته المادة (١/٢٥) من نفس القانون والتي جاءت بقاعدة موحدة بالنسبة لسائر العقود، بغض النظر عن الطبيعة الخاصة التي قد تتميز بها بعض العقود.

---

[1]C.A Paris du zr Juillet 1985, Dalloz z 1986 IR IR 157 Vasseur Op.cit, p_294

المبحث الثاني

إشكالات منهج تنازع القوانين في اختصاص خطاب الضمان المقابل التشريعي

ان الصياغة المجردة لقواعد الاسناد هي التي تضفي عليها الطابع المجرد فتوصف بانها قاعدة محايدة ، فهي تفاضل وتختار من بين القوانين المتزاحمة للانطباق على العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي استنادا الى وزن عناصر الاتصال وجدتيها من العلاقة القانونية والقوانين المتزاحمة بغض النظر عن مضمون القانون الذي تشير باختصاصه واثار تطبيقه على تلك العلاقة[١]، لذلك فان تطبيق قاعدة الاسناد على العلاقة القانونية موضوع النزاع لايؤدي الئ تقديم حلول مباشرة للمسالة المعروضة علئ القضاء لان الحل الموضوعي يستمد من القانون الذي اشارت اليه قاعدة الاسناد، الامر الذي دعا الى وصف قاعدة الاسناد بانها تسعى الى تحقيق عدالة شكلية[٢] .

ولان اختيار القانون الواجب التطبيق بشان العلاقة التي يكون طرفاها مصرفين، تحتاج الى معرفه المصرف الذي يؤدي الدور المؤثر في العلاقة المشتملة على عنصر اجنبي، وهو امر يتطلب النظر في مضمون القوانين المتزاحمة ، لذا فان بالإمكان ان ينتاب قواعد الاسناد عددا من الإشكالات او الصعوبات التي قيلت العديد من الحلول التشريعية والاراء الفقهية والاتجاهات القضائية بشأنها. ولمعرفة هذه الإشكالات وكيفية معالجتها لابد من تقسيم هذا المبحث على مطلبين ، سنعرض في المطلب الأول عوائق ماقبل الاسناد في منازعات خطاب الضمام المقابل ، وسنبحث في المطلب الثاني عوائق مابعد الاسناد في تطبيق قانون خطاب الضمان المقابل.

المطلب الأول

عوائق ما قبل الإسناد في منازعات خطاب الضمان المقابل

توجد مجموعة من الإشكالات السابقة على تطبيق قانون العقد، سواء كان الموضوع متعلقا بخطاب الضمان المقابل، او غيرها من موضوعات تنازع القوانين، كالتكييف، والقواعد ذات التطبيق الضروري[٣]، وتنازع

---

(١) انظر د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي القانون الدولي الخاص، ط١، دار السنهوري ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص٢٥٧

(٢) انظر د. احمد عبد الكريم سلامة، تأملات في ماهيه قاعدة التنازع ، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي ، المجلد ٥١، ١٩٩٥ ، ص ٣٢١.

(٣) سنؤجل دراستنا لهذه القواعد في موضع اخر من الرسالة ، موضحين مفهومها ودراستها في تحديد القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان المقابل.

الجنسيات او الموطن[١]، فضلاً عن تغيير الجنسية او الموطن، لذا سنحاول في هذا المطلب التعرف على هذه الإشكالات من خلال فرعين سنتطرق في الأول الى التكييف، ونخصص الثاني الى انعدام وتعدد وتغيير (الجنسية / الموطن)

الفرع الأول

إشكالية التكييف القانوني لطبيعة خطاب الضمان المقابل

لما كانت قواعد الاسناد غالبا ما تكون من صنع وإردة المشرع الوطني، لذا هي تختلف من دولة الى اخرى، كما انها لاتضع حلا لكل مسالة تعرض امام القضاء، بل تضع الحلول لكل فئه من المسائل، لذا ظهرت الحاجه قبل اسناد العلاقة القانونية،الى تحديد طبيعة موضوع النزاع من اجل ردها الى النظام القانوني المختص بها ، وهذا ما يسمى بالتكييف[٢].

الا ان التكييف الذي نقصده في دراستنا هذه، لا نسعى من ورائه ادماج المسالة المتنازع فيها في اطار طائفة قانونية معينة خصها المشرع بقاعدة اسناد، إذ ان قاعدة الاسناد يمكن التعرف عليها بمجرد ان يتوصل القاضي الى ان موضوع النزاع يتعلق بعقد او التزام تعاقدي، فضلا عن ان المشكلة هنا لا ترتبط بتحديد مدلول ضابط الاسناد الذي تنهض عليه قاعدة التنازع[٣] فضابط الاسناد في الالتزامات التعاقدية هو إرادة الأطراف التي تعلن عن رغبتها في تطبيق قانون معين او يبحث عنها القاضي ويتم اعمالها وفقا لما يسمح به النظام القانوني لدولة القاضي، ذلك النظام الذي لايفرق بين التزام تعاقدي واخر حسب مصدره[٤].

---

[١] يرى بعض من الفقه العراقي والمصري عدم دقة مصطلح التنازع السلبي للجنسية ، لانة في حالة عديم الجنسية لا يوجد أي نزاع بين الدول حول هذا الشخص ، لان جميع الدول قد تختلف انظر في الفقه العراقي الرافض لهذا التسمية د. عباس زيون العبودي ، شرح احكام قانون الجنسية العراقي رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ والموطن ومركز الأجانب ، دراسة مقارنة في نطاق القانون الدولي الخاص ، ط١، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٢ ، ص ١٤٣ هامش رقم ١

[٢] انظر د. صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية ((دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية،ط١، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ،٢٠٠٦،ص١٦٠ ، ولمزيد من التفاصيل حول التكييف انظر محمد صالح القويزي، التكييف ((دراسة فقهية قانونية)) بحث منشور في مجلة القضاء العراقية ، تصدر عن نقابة المحامين العراقية ،العدد ٢، السنة ٢٤، ١٩٦٩

[٣] يراد بضابط الأسناد بالمعيار او المناط الذي يظهر به المشرع تفضيلة لقانون معين بطريقة مجردة واعرضهه عن باقي القوانين التي تعرض حلولها الموضوعية لتنظيم العلاقة المشتملة على عنصر اجنبي .انظر د. احمد عبد الكريم سلامه ، مصدر سابق ،ص٥٣

[٤] انظر وبنفس المعنى د. عصام الدين القصبي ، مصدر سابق ، ص ٢١٦.

لذا فان الهدف من التكييف الذي نحن في صدد دراسته لايتمثل بالتكييف الضروري اللازم لاعمال قاعدة الاسناد والذي يتوقف عليه تحديد القانون الواجب التطبيق والذي اخضعته العديد من النظم القانونية لقانون دولة القاضي(١) ، وانما الذي نهدف اليه من خلال التكييف في هذا المقام ، هو تلافي الصعوبات الناشئة بسبب الفراغ الموجود في التشريعات الوطنية فيما يتعلق بعقد خطاب الضمان المقابل وهل هو مجرد ضمان ام كفالة.

وتكمن الصعوبة الأساسية في التكييف في غموض المصطلحات المستخدمة وهذه مشكلة ازلية موجودة بين الإرادة والإرادة المعلنة أي بين الفكرة والتعبير عنها، فقد تثار في ذهن الأطراف المتعاقدة فكرة معينة الا ان طريقة التعبير عنها تختلف عما يقصدونه(٢) .

ومن الجدير بالذكر ان القاضي لايلتزم في تكييف العلاقة بالاسم الذي يطلقه الأطراف على اتفاقهم ، بل من حقه ان يعطي العلاقة الوصف الذي يراه مناسبا ، حتى لوجاء مغايرا لما جاء به الأطراف من أسماء ،اذا اتضح ان الاسم الذي اطلقه الأطراف على تصرفهم لا يتفق مع النظام القانوني الذي اتخذه العقد ولا يتلائم مع شكله، مع خضوع القاضي في اعمال الواقعة أو ردها الى النظام القانوني المختص بها الى رقابة المحكمة العليا(٣).

وما يؤيد كلامنا أعلاه، ان محكمة النقض الفرنسية نقضت حكم محكمة الاستئناف التي اطلقت فيه على علاقة معينة اسم الكفالة ، اذعاناً لرغبة الأطراف بالرغم من ان هذه العلاقة حسب حكم محكمة النقض الفرنسية تعد ضمانا مستقلا كما ان هذه الأخيرة اوضحت في حكم اخر لها، بان استخدام الأطراف لمصطلح بمجرد الطلب لا يعني ان الضمان مستقل الا اذا توافق هذا المصطلح مع مضمون التصرف، واستنادا على ما تقدم نقضت محكمة النقض الفرنسية احد الاحكام التي خلصت الى تكييف علاقه معينة بانها كفالة، تاسيساً على ان الأطراف لم يستخدموا مصطلح بمجرد الطلب عند تسمية العقد الذي يربطهم(٤). كذلك نقضت الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية حكما صادرا من محكمة مونبليه، قضت فيه بان

---

(١) هذا مافعله القانون العراقي بموجب المادة (١/١٧) من القانون المدني ، وماكرسه المشرع المصري في المادة (١١) من القانون المدني المصري ، وفي فرنسا وامريكا استقر الفقه والقضاء هناك على خضوع التكيف لقانون القاضي . انظر د. عز الدين عبد الله ، مصدر سابق ، ص١٢٤.

(2) Michel Pelichett, Garantie Bancaire et conflit de lois, RDAL, 1990, p.349

(٣) لمزيد من التفاصيل انظر مصطفى كيرة ، التكييف القانوني ، بحث منشور في المجلة العربية للفقة ، تصدر عن الامانة العامة لجامعه الدول العربية ،عدد١ ،١٩٩٤،ص١٨٣ ومابعدها

(4) Khaled Mohamed,op.cit,p.207 ets

الضمان غير مستقل بالرغم من ان العقد تم صياغته بخط اليد وجاء في بنود الضمان ان الدفع بمجرد الطلب[١].

وهذا يدل على ان استخدام مصطلح بمجرد الطلب يجعل القاضي يميل تجاه الضمان المستقل بشرط ان يتفق ذلك مع ماجاء بالعقد، ومصداقا لذلك التعليق الصادر على حكم محكمه النقض الفرنسية الصادر في ١٩٩٤/٥/١٠ الذي جاء فيه انه لا يكفي ذكر مصطلح بمجرد الطلب لوصف الضمان بانه مستقل بل يجب ان يتفق ذلك مع ماهو موجود في عقد الأساس واردف قائلا ان صدور الضمان بمناسبة علاقة تتصف بالدولية يعد معيارا قويا للقاضي يميل به ناحية الضمان المستقل[٢] .

اما عن راي الباحث في كل ما تقدم فأننا نقول :

(اذا كنا نؤيد ان لقضاة الموضوع، من خلال التفسير، الحرية والقدرة في إعطاء التصرف التكييف الذي يتلائم مع إرادة الأطراف، الا انه مشروط بالتزام القاضي ببعض الضوابط التي تساعده في الوصول الى التكييف السليم ومن هذه الضوابط اتصاف العقد بالدولية، فهذه قرينة لصالح الضمان المقابل إلا أن هذا الأخير يعتمد على حاجات ومقتضيات التجارة الدولية، وفي حالة تردد القاضي بين خطاب الضمان المقابل والكفالة في مجال العلاقات العابرة للحدود فان الشك يفسر لصالح خطاب الضمان المقابل .

اما اذا كانت العلاقة داخلية، فان الكفالة تكون الأقرب لحكم العلاقة محل النزاع من خطاب الضمان المقابل، لاسيما اذا كان العقد بين غير المهنيين).

ومصداقا لذلك ما كرسته محكمه استئناف باريس بقولها ان الضمان بمجرد الطلب لا يكون من السهولة بمكان عمليا الا بين المهنيين وبصدد العلاقات الدولية[٣]. اما بخصوص القانون الواجب التطبيق على التكييف، الذي يتم الرجوع اليه لمعرفة هوية العلاقة التي تربط المصرف الأجنبي الموجود في دولة المورد او المقاول والمصرف الوطني الموجود في دولة المستفيد مستوردا كان ام رب العمل ، وهل هي كفالة ام ضمان مقابل ؟ اذا قلنا ان التكييف يخضع للقانون الواجب التطبيق على عقد الأساس (العلاقة العقدية التي تربط المورد او المقاول برب العمل او المستورد) بحسبان ان هذا القانون يتفق تقريبا مع القانون الواجب التطبيق على الضمان المقابل، يرد علينا بان هذا الامر غير مؤكد لاسيما في حال وجود بند

---

(1)Cass.com-13dec 1994 Bull,civ.Iv.No375 lengagement litieux

(٢) انظر التعليق على الحكم باللغة الفرنسية مشار اليه من قبل
Khaled Mohamed, op.cit,p.213

(3) Ca paris 16avr 1996 juris_ pata no 00 2106D,1996 tr.p.khaled Moha Med,op,p.214

للاختصاص التشريعي في علاقه الضمان المقابل واختار الأطراف قانونا يحكم الضمان المقابل يختلف عن القانون الواجب التطبيق على عقد الأساس.

اما اذا قلنا ان التكييف يخضع لقانون القاضي ، بتسليمنا بان القانون الواجب التطبيق على الضمان المقابل يختلف عن القانون الواجب التطبيق على عقد الأساس ، كما ان هذه القانون اقرته العديد من التشريعات الوطنية ومنها القانون العراقي وكرسته المحاكم في احكامها وتوصل اليه الفقه الغالب، يرد عليه بان قانون القاضي يخضع التكييف الاولي اليه وهو تكييف اولي لازم لاعمال قاعدة الاسناد والذي هدفه ادماج المسالة المتنازع عليها في احد الفئات القانونية التي خصها المشرع بقاعدة الاسناد .

اما التكييف الذي نقصده في نطاق بحثنا والذي نرمي من خلاله معرفة طبيعة الضمان هل هو ضمان مقابل ام كفالة لا يعد ضروريا لاعمال قاعدة الاسناد لان هذه الأخيرة يمكن التعرف عليها كما اشرنا سابقا بمجرد التوصل الى ان موضوع النزاع هو التزام تعاقدي وبالتالي يخضع لقانون الإرادة .

ومن هذا المنطلق ، نخلص الى ان مسالة معرفة هوية الضمان، هل هو ضمان مقابل ام كفالة هي مسالة قانونية تخضع للقانون الذي يحكم الموضوع (القانون المسند اليه) وليست مسالة ضرورية لازمه لاعمال قاعدة الاسناد التي تخضع لقانون القاضي .

الفرع الثاني

أثر انعدام أو تعدد جنسية أو تغيير أطراف خطاب الضمان المقابل على الاختصاص التشريعي

ان حرية الدولة في منح جنسيتها، واستقلالها في اختيار الأساس المناسب من أسس منح الجنسية للشخص المعنوي بما يتحقق مصالحها السياسية والاقتصادية . ادى الى تباين بين الدول بمنح الجنسية وهو مانتج عنه امكان حرمان الشخص طبيعيا كان ام معنويا من أي جنسية او تمتعه بأكثر من جنسية، والحال نفسه ينطبق على الدول التي تعتد بالتصوير الواقعي للموطن التي تجيز تعدد الموطن او انعدامه، كما ان تغير جنسية الشخص المعنوي او موطنه، يضاف الى الإشكالات التي تعتري اختيار قانون الدولة التي ينتمي اليها ذلك المصرف ، ولما كان خطاب الضمان المقابل يتم بين مصرفين، وهذين الأخيرين يمثلان شخصا معنويا يتجسدان على شكل شركه مساهمه، الامر الذي يقصر دراستنا لهذه الإشكالية على الأشخاص المعنوية دون الطبيعية وبالشكل الاتي :

اولاً: تعدد جنسية الشخص المعنوي

بادئ، ذي بدء، يمكن القول بأن تعدد جنسية الشخص المعنوي لا يمكن أن تثار في خطاب الضمان المقابل الذي يتم بين مصرفين حكوميين تابعيين لدولة واحدة أو مصرفين تابعين لدولتين مختلفتين، وانما تظهر المشكلة في المصارف الاهلية. إذ قد يحدث أن تعتنق دولة معيار محل التأسيس في منح جنسيتها، بينما تمنح دولة أخرى هذه الجنسية على أساس معيار مركز الإدارة الرئيسي لذا فإن الشركات التي تتأسس في الدولة الأولى وتكون مركزًا رئيسيًا في الدولة الثانية، تتمتع بجنسية كل من الدولتين، ومن هنا تثار مسألة تعدد الجنسية كنتيجة لمبدأ حرية الدولة في هذا المجال[١]، فكيف يتم تحديد جنسية الشخص المعنوي في هذه الحالة ؟ ان الوضع الغالب لحل هذه المسألة بالتفرقة بين فرضيتين لفرض الأول: إن تثار مشكلة تعدد الجنسيات في الدولة يحمل الشخص المعنوي جنسيتها أذا كان الفقه الراجح[٢]، بالنسبة لمعالجة هذه الحالة للشخص الطبيعي يذهب الى الاعتداء بجنسية الدولة التي يثار امام قضائها النزاع ، الا ان هذا الحل يمكن تكريسه على الشخص المعنوي لتوافر نفس الحكمة.

وحجيه هذا الراي قاطعه ، اذ ان التشريع الوطني هو الذي يحدد ،رعايا الدولة ولا يقبل تعطيل حكمه وترجيح جنسية اخرى اسبغها التشريع الأجنبي على احد مواطني الدولة ومن الثابت ان قواعد الجنسية في الدولة وثيقه الصلة بكيانها ومصالحها الجوهرية ومن ثم فهي قواعد لاتقبل التزاحم او النزاع مع مايقرره قانون اجنبي اخر[٣].

وهذا ما نصت عليه المادة (٢/٣٣) من القانون المدني العراقي[٤].

وما اوردته المادة (٢/٢٥) من القانون المدني المصري، وفي التعليق على تلك المادة اشارت المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري الى ان تغليب الجنسية المصرية عند تزاحمها مع غيرها من الجنسيات

---

[١] انظر د.جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص العربي ،ج١، مطبوعات معهد الدراسات العربية العالمية ، القاهرة ١٩٥٨ ، ص٢٤٥.

[٢] انظر في عرض الآراء الفقهية د. أبو العلا علي النمر و د. احمد قسمت الجداوي ، موطن الشخص الطبيعي والاعتباري في العلاقات الخاصه الدولية ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،٢٠٠٨،ص١٧٤_١٧٥.

[٣] انظر د. هشام علي صادق ، القانون الدولي الخاص ،ط١، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ،٢٠٠٤ ص٤٧٨.

[٤] تنص م(٢/٣٣) على «ان الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة الى العراق الجنسية العراقية وبالنسبة الى دولة اجنبية او عدة دول اجنبية جنسية تلك الدول فالقانون العراقي هو الذي يجب تطبيقه»

التي يتمتع بها شخص واحد هو مبدا عام استقر في العرف الدولي باعتبار ان تحديد الجنسية مسالة تتعلق بالسيادة ولا يقبل ان تحتكم الدولة في شانها لغير قانونها[١].

وهذا ما معمول به بالقضاء الفرنسي ، اذ اكدت محكمة النقض الفرنسية هذا الحل عندما قررت على انه« عندما تكون قاعدة التنازع اختيارية فالانتفاء لايكون ضروريا، ويتعين وجوب التمسك تحت عنوان القانون الوطني بكل قانون تعينه الجنسيات المتنوعة التي يملكها الشخص المعنوي »[٢] ، وما سار عليه العمل في القضاء الأمريكي[٣]، في حين لم تتطرق الاتفاقيات محل المقارنة الى هذه الظاهرة.

وعليه فاذا اتفق الأطراف على تطبيق قانون دولة المصرف الضامن المقابل مثلا ، وكان هذا المصرف بوصفه شركه مساهمه يحمل جنسية دولتين فينطبق قانون الدولة التي عرض النزاع امامها والتي يحمل المصرف الضامن احدى جنسياتها

الفرض الثاني : تعدد الجنسيات امام قضاء دولة ثانية او قضاء دولي لم يستقر الفقه او القضاء علئ معيار يتم به تفضيل احدى الجنسيات المتنازعة.

اذا أثيرت هذه المشكلة في دولة لا يحمل الشخص المعنوي جنسياتها[٤].

والاتجاه الغالب في الفقه[٥]، يرعى وجوب تفضيل جنسية الدولة التي يكون الشخص المعنوي اكثر ارتباطا بها من الناحية الاقتصادية على أساس فكرة الاندماج الاقتصادي، وهي مسالة يترك تقديرها للقضاء .

ويتماشى هذا الحل مع الحلول المماثلة التي اعتنقها القضاء الدولي في شان تنازع الجنسيات بالنسبة للشخص الطبيعي وبصفة خاصة فيما قررته محكمة العدل الدولية في حكم نوتباوم الشهير[٦].

---

(١) نقلا عن د. احمد قسمت الجداوي ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ،ج١ ،ط١،دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٧٨، ص٢٣٧.

(٢) قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ ١٩٧٤/٥/١٥ أشار اليه بيار ماير وفانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة د. علي محمود مقلد ،ط١، مجلد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع عن د. عز الدين عبد الله، مصدر سابق، ص٧٤٣.

(٣) نقلا عن د. عز الدين عبد الله ، مصدر سابق ، ص٧٤٣.

(٤) انظر د. احمد عبد الحميد عشوش و د. عمر أبو بكر باخشب ، احكام الجنسية ومركز الأجانب في دول مجلس التعاون الخليجي مؤسسة شباب الجامعة ،مصر ،١٩٩٠، ص٣٨٧.

(٥) انظر في عرض الأداء الفقهية د. بدر الدين عبد المنعم شوقي ،الوسيط في القانون الدولي الخاص المصري ،ط١،دار النهضة العربية ،القاهرة ،١٩٩٥،ص٢٢٢_٢٢٤.

(٦) في عرض قضية نوتباوم انظر د. فؤاد عبد المنعم رياض ،الجنسية والموطن ومركز الأجانب ،ط١، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ،١٩٥٨_١٩٥٩،ص ٢٧٢

وهذا هو موقف معظم التشريعات العربية[١]، وما كرسه القضاء الفرنسي والامريكي من قبل[٢]، بخلاف الاتفاقيات محل المقارنة التي لم تتطرق لهذه الحالة .

وعليه ومن كل ما تقدم ، اذا عرض نزاع امام قاض عراقي بشان خطاب ضمان مقابل، اتفق اطرافه على تطبيق قانون مصرف الضامن المقابل، وكان هذا المصرف يحمل جنسية دولتين، وليس من بينها العراق لاختلاف معايير تحديد جنسية الشخص المعنوي، فعلى القاضي العراقي الركون الى جنسية الدولة التي يرتبط بها المصرف اكثر من الناحية الاقتصادية، استنادا الى سلطة القاضي التقديرية التي تخضع بكل الأحوال الى رقابة المحكمة العليا.

وبدورنا نؤيد ما يدعو اليه بعض الفقهاء[٣]، من تطبيق ما يعرف بالدور الوظيفي للجنسية، سواء كانت جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتنازعة ام لا ، عن طريق بحث كل حالة على حدة عن طريق وفحص الدور الوظيفي للجنسية في الحالة المعروضة، وبناءً على هذا الراي يمكن الاعتداد بجنسية الدولة الاولى في مسالة التمتع بالحقوق، في حين يتم الاعتداد بجنسية الدولة الثانية لذات الشخص (طبيعي او معنوي) في مسالة اخرى مختلفة كتلك المتعلقة بالاعتراف بحكم اجنبي صادر لمصلحه الشخص يراد تنفيذه في دولة القاضي التي يتمتع كذلك بجنسيتها ، فالعمل مباشرة بجنسية القاضي عندما تكون جنسية دولة مطروحة من بين الجنسيات المتعددة وكذلك بالجنسية الفعلية لم يعد مبدا عاما ومطلقا ومجردا بل يقتضي اعمال الروح الجوهرية والمعمقة لقاعدة التنازع ، وهذا ما كرسته بعض التشريعات الأجنبية[٤].

ثانيا : انعدام جنسية الشخص المعنوي

---

(١) انظر م(١/٣٣) مدني عراقي سالفة الذكر ،م(١/٢٥) مدني مصري سالفة الذكر

(٢) نقلا عن بيار ماير وفانسان هوزية ،المصدر السابق ،ص٧٧٤

(3)Paul Lagarde, Le Principe deproximité en droit""internationl prive,R cadi,1986,p83eats

انظر كل من ود. عكاشة محمد عبد العال ، الاتجاهات الحديثة في تنازع الجنسيات ،ط١، دار الجامعة الجديدة ،لاسكندرية،٢٠١٢،ص٨٧ ومابعدها

(٤) لقد تتبنى القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في ١٩٨٧/٩/١٨ هذا الحل الوظيفي اذ نصت المادة (٢٣) منه والخاصه لحل إشكالية تنازع الجنسيات على أنه ((إذا كان للشخص جنسية اجنبية او اكثر بالإضافة إلى الجنسية السويسرية ، وتعلق الأمر بالاختصاص القضائي الدولي المباشر للمحاكم السويسرية ، فإن الجنسية السويسرية وحدها هي التي ينبغي التعويل عليها كضابط للاختصاص لهذا المحاكم ، اما إذا تعلق الأمر بمسالة كان القانون الواجب التطبيق فيها هو القانون الجنسية ، فإنه يجب الاعتداد بالجنسية الفعلية أي تلك التي يكون لها بها ارتباط وثيق وذلك مالم ينص القانون بخلاف ذلك ، نقلا عن د. حفيظة السيد الحداد ، المدخل إلى الجنسية مركز الأجانب، ط١،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،٢٠١٠، ص ٦٥.

يترتب على تمتع الدولة بحرية تحديد جنسية الشخص المعنوي إمكانية تصور وجود شخص معنوي عديم الجنسية، لانه لم يتمكن من الحصول على جنسية أي دولة وفقا للمعايير السائدة فيها، او لانه كان يتمتع بجنسية دولة معينة ثم فقد هذه الجنسية لسبب من الاسباب[١].

وهنالك اتجاه فقهي، لا يتصور وجود شخص معنوي عديم الجنسية لانه ان كان من المتصور من الناحية النظرية المجردة امكان انعدام الجنسية للشخص المعنوي، الا انه من المتعذر ، ان لم يكن من المستحيل من الناحية العملية، فلم يدل الواقع على وجود اشخاص معنوية عديمة الجنسية فتمتع الشخص المعنوي بشخصية قانونية، يفترض من عنده وجود الجنسية بحسبان ان كل من فكرة الشخصية القانونية وفكرة الجنسية هما وجهان لحقيقة قانونية واحدة ، واساس ذلك ان القانون الدولي لا يعترف بالاشخاص المعنوية الا من خلال الانظمة الداخلية وهذه الأجهزة لا تتصور نشات الشخص المعنوي الا متمتعا بجنسية دولة معينة، وتجريد الشخص من جنسية على هذا النحو لايتم الا نتيجة لأنتهاء شخصيته القانونية[٢].

وبخصوص موقف القوانين محل المقارنة من انعدام جنسية الشخص المعنوي فنحن نؤيد ما ذهب اليه بعض من الفقه[٣]. بانها لاتثير صعوبات سواء في العراق او مصر بالنسبة لتحديد القانون الواجب التطبيق على النظام القانوني لهذه الأشخاص، اذ ان المشرع العراقي قد تصدى لهذا التحديد في المادة(٤٩) من القانون المدني ، والتي اتخذت من موطن الشخص المعنوي مركز الإدارة ضابط يرشد الى القانون الواجب التطبيق في شان نظامه القانوني[٤]، وهذا ماسار عليه المشرع المصري من قبل في المادة (١١) من القانون المدني المصري .

وعليه اذا عرض نزاع على قاض عراقي بشان خطاب ضمان مقابل واتفق اطرافه على تطبيق قانون دولة المصرف الضامن المقابل مثلا ، وكان هذا المصرف عديم الجنسية لاختلاف أسس تحديد جنسيته، وذلك عندما يؤسس المصرف في دولة لا تأخذ بمعيار محل التأسيس ويتخذ له مركز إدارة في دولة لا تأخذ

---

(١) انظر د. أبو العلا النمر ود. احمد قسمت الجداوي ، مصدر سابق ،ص١٧٦

(٢) انظر د. احمد عبد الكريم سلامة ، الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي ،ط١، مطبعة جامعة الملك سعود ، الرياض ، ١٩٩٠ ، ص٣٥٩ ، د. فؤاد عبد المنعم رياض ، مصدر سابق ، ص٣١٤

(٣) انظر د. هشام علي صادق ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ،ص٤٨١

(٤) تنص المادة (١٩) من القانون المدني العراقي النافذ على ان ١_«يسري على النظام القانوني للأشخاص المعنوية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها قانون الدولة التي يوجد فيها مركز ادارتها الرئيسي الفعلي٢_ومع ذلك فاذا باشر الشخص المعنوي الأجنبي نشاطه الرئيسي في العراق فان القانون العراقي هو الذي يسري»

بأساس مركز الإدارة لمنح جنسية، فيطبق موطن المصرف بوصفه ضابطا يرشد الى القانون الواجب التطبيق .

ثالثا : تغيير جنسية الشخص المعنوي

اذا كان تغيير جنسية الشخص الطبيعي، اصبح من الأمور المسلم بها في القانون الدولي الخاص بعد اندثار نظرية الولاء المسلم بها في القانون الدولي الخاص بعد انتشار نظرية الولاء المطلق التي سادت في بعض المدن القديمة وكانت تعد رابطة الجنسية رابطة مؤبدة لا تنحل الا بوفاة الانسان(١).

فهل يمكن ان تتغير جنسية الشخص المعنوي كما هو الحال بالنسبة للشخص الطبيعي ؟

أجاب جانب من الفقه(٢)، على هذا التساؤل بالإيجاب ، قائلين ان الشخص المعنوي يمكن ان يغير جنسية بطريقة إرادية ويكتسب جنسية دولة جديدة عندما ينقل مركز ادارته الرئيسي من دولة الى اخرى(٣).

اما على مستوى التشريعات ، فقد عالج القانون الفرنسي الصادر في ١٩٦٦/٧/٢٤الفرض الخاص بنقل مركز إدارة الشركة من فرنسا الى دولة اخرى ،وضع شروطا محددة لهذا النقل نظرا لما يترتب على ذلك من تغيير في جنسية الشركة ، ومن هذه الشروط ان يتم النقل بواسطة الجمعية العمومية غير العادية ، ووجود اتفاقية دولية خاصه بين فرنسا والدولة المراد نقل مركز إدارة الشركة اليها(٤).

والتساؤل الذي يثار في هذا الشأن: هل يترتب على تغيير جنسية الشخص المعنوي انقضاء الشخص المعنوي ونشوء شخص جديد محله ؟

ظهر اتجاهان في هذا الشأن :

الاتجاه الأول: يرى انصار مذهب المجاز في تصوير الشخصية القانونية للشخص المعنوي، ان هذا التغيير يترتب عليه نشوء شخص معنوي جديد ومرد ذلك ان هذه الأشخاص تكتسب الجنسية من التشريع الذي

---

(١) راجع د. عز الدين عبد الله ، مصدر سابق ، ص ٧٤٢.

(٢) انظر في الفقة المؤيد لذلك د. جابر جاد عبد الرحمن ، مصدر سابق ،ص٢٤٦ وما بعدها.

(٣) الجدير بالذكر ان جنسية الشخص المعنوي قد تتغير لا اراديا بتغير السيادة على الإقليم باستقلال إقليم عن دولة ونشوء دولة جديدة ، او قيام دولة باحتلال جزء من إقليم دولة وضمه اليها . لمزيد من التفاصيل عن الضم والانفصال راجع د. عبد الرسول الاسدي ، مصدر سابق ، ص٦٤_٦٦.

(٤) انظر باتيفول، تغير جنسية الشركات ، بحث منشور، في مجلة اعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص، ص٦٦ ومابعدها . نقلا عن د. أبو العلا النمر ود. احمد قسمت الجداوي ، مصدر سابق ، ص ١٧٩.

أسست وفق احكامه فاذا ارادت تغيير جنسيتها فلا مناص من ان تنحل لكي تنشيء علاقه جديدة مع تشريع جديد(١).

ويخلص هذا الاتجاه الى ان مركز إدارة الشخص المعنوي هو موطنه الذي يرتبط به نظامه القانوني، وكلاهما ،الموطن والنظام القانوني غير قابل للتغيير بالنسبة لنفس الشخص(٢).

الاتجاه الثاني: يذهب انصار مذهب الحقيقة القانونية في الشخصية القانونية للشخص المعنوي، ان ذلك التغيير في جنسية الشخص المعنوي ليس معناه انقضاء الشخص المعنوي المنقول مركزه(٣).

وهذا الاتجاه له صدئ في العديد من التشريعات الحديثة ،كالقانون السويسري الصادر في ١٩٨٧/١٢/١٨ والذي يقرر بانه في حالة نقل مركز إدارة الشركة الى سويسرا فانها تحتفظ بالشخصية القانونية، اذا كان القانون الأجنبي الذي تخضع له يقرر ذلك(٤).

لذا يخلص هذا الاتجاه الى ان انتقال مركز الإدارة الرئيسي لا يرتب عليه انتهاء الشخصية القانونية للشخص المعنوي، كل ما في الامر ان هذا الانتقال يؤدي الى تغيير جنسية الشخص المعنوي حال اختيار مركز الإدارة الرئيسي معيارا لجنسية هذا الشخص(٥).

ولا تثار هذه الاشكالية في القانون الأمريكي، لانه يمكن حلها ببساطه لانه يعتد بمعيار محل التأسيس، على أساس ان تحديد مركز إدارة يتم عن طريق اتفاق الافراد أي ان مركز إدارة الشركة يحدد عن طريق إرادة المؤسسين في العقد وكذلك القانون الواجب التطبيق ومن ثم يفتح الباب امام القضاء للبحث بين مركز الإدارة القانوني هو المنصوص عليه في سند الانشاء للشركة ومركز الإدارة الفعلي(٦)، ولم تعالج الاتفاقيات محل المقارنة حالة تغيير جنسية الشركات بخلاف الوضع باتفاقية لاهاي المنعقدة في ١٩٦٦/٦/١ والخاصة بالاعتراف بالاشخاص المعنوية والتي اقرت إمكانية تغير جنسية الشركة عن طريق تغيير مركز ادارتها(٧).

---

(١) انظر كل من د. جابر جاد عبد الرحمن ، مصدر سابق، ص٢٤٣ ود. عز الدين عبد الله مصدر سابق ، ص٦٥٩.

(٢) انظر د. أبو العلا النمر و د. أحمد قسمت الجداوي ، مصدر سابق ،ص١٨٣.

(3) Mayer, Private International Law,Tom II,Paris P_628.

(٤) نقلاً عن باتيفول ، المصدر السابق ، ص ٣٤٧.

(5) Mayer,op,cit,1_55.

(٦) باتيفول ، المصدر السابق ، ص ٧٢.

(٧) النص الكامل للاتفاقية متاح على العنوان الالكتروني الاتي:
http://www.hcch.net/e/conventions/exp/340/html

وفي معرض تعليقنا على الكلام أعلاه تقول: «ان التغيير في جنسية الشخص المعنوي يؤدي الى تغيير في قاعدة الاسناد تؤدي الى صعوبة في تطبيق القانون الشخصي على التصرفات التي وقعت في ظل القانون القديم والاخرى التي لم تكتمل في ظل القانون القديم وانما امتدت اثارها لحين اكتساب الشخص جنسية جديدة، وفي الأحوال المتقدمة يظهر التنازع المتحرك الذي هو عبارة عن تغيير في ضوابط الاسناد بانتقالها او تحركها من نطاق قانون في ظل سيادة تشريعية الى نطاق قانون في ظل سيادة تشريعية اخرى مع بقاء قاعدة الاسناد ذاتها بين وقت نشوء العلاقة ووقت نفاذها»[١].

وعليه لو اتفق الأطراف في خطاب الضمان المقابل، على تطبيق قانون المصرف الضامن المقابل، وكان الأخير يتمتع بجنسية دولة ما، وبعد ذلك غير جنسية، فان الاختصاص التشريعي ينعقد الى الجنسية الثانية التي يحملها المصرف .

رابعاً: تعدد موطن الشخص المعنوي

كما نوهنا سابقا ان الدول التي تعتد بالتصوير الواقعي للموطن يمكن انعدام او تعدد موطن الشخص فيها، الامر الذي يودي الى صعوبة في تطبيق القانون الشخصي، بخلاف الدول التي تعتد بالتصوير الحكمي والتي لا يمكن تصور تعدد الموطن فيها، كما هو الحال في العديد من الدول الاوربية كبريطانيا وفرنسا وإيطاليا، والوضع نفسه ينطبق على القانون الأمريكي[٢] وكما هو الحال في تعدد الجنسيات، ويذهب الفقه الى التفرقة بين فرضين :

الفرض الأول : اذا كان النزاع بخصوص تعدد الموطن ،معروضا امام محاكم احدى الدول التي تتنازع قوانينها حول توطن الشخص المعنوي فيها في هذه الحالة يتم فض النزاع بالعمل بقانون القاضي المعروض امامه النزاع[٣].

---

[١] لقد قيلت نظريات عديدة في شان التنازع المتحرك ،وان التعمق فيها يخرج من نطاق دراستنا والراي السائد في الفقة والقضاء ، يتجه الى حل هذا التنازع بتغليب الجنسية الجديدة ،طالما ان تغيرها ترتب عليه اكساب جنسية وفقد الاخرى. لمزيد من التفاصيل حول التنازع المتحرك انظر عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ،تغيير ضوابط الاسناد في عقود القانون الخاص دراسة مقارنة رسالة ماجستير مقدمه الى مجلس كلية القانون من جامعة بابل ،١٩٩٩،ص٤٢ ومابعدها

[٢] الموطن وفقاً للمفهوم الا نكلو أمريكي هو القطر (country) الذي بعد المقر الدائم للشخص (permanent Homo) والذي بدوره يتألف من ركنين احدهما مادي

[٣] انظر بنفس المعنى د. حسن الهداوي و د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص القسم الأول في الجنسية ومركز الأجانب، مطبعة مديرية دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل ص٢٢٩.

الفرض الثاني : اذا كان النزاع بخصوص تعدد الموطن معروضا امام محكمه دولة ثالثة لاعلاقة لها بالنزاع او امام محكمه دولية، في هذا الفرض يجب تفضيل الموطن الذي يوجد به مركز الإدارة الفعلي[١].

وبخصوص موقف القانون العراقي والقانون المصري، بوصفها من القوانين التي تأخذ بالتصوير الواقعي للموطن، فأننا لا نجد حلول تشريعية لفكرة تعدد موطن الشخصي المعنوي، واذا رجعنا الى الحل التشريعي المتبع في شان تعدد الجنسيات نجد ان المادة (٣٣) من القانون المدني العراقي النافذ بفقرتها الاولى والثانية قد عالجت ذلك[٢].

والوضع ذاته ينطبق على القانون المصري استنادا الى نص المادة (٢٥) من القانون المدني المصري النافذ.

اما بشان القانون الفرنسي والامريكي اللذان يأخذان بالتصوير الافتراضي للموطن ، والذي يترتب عليه عدم انعدام او تعدد الموطن ، فنجد ان القانون الفرنسي الصادر في ٢٤ /١٩٦٦/٧ الخاص بالشركات التجارية، اعتد بمعيار بمركز الإدارة الفعلي في حالة تعدد مركز إدارة الشركة[٣]، كما ان القضاء هناك يشترط ان يكون مركز الإدارة حقيقيا وفعليا، الا ان محكمة النقض الفرنسية تركت لقاضي الموضوع مهمه تقدير مدى حقيقة مركز الإدارة او بمعنى اخر مدى توافر روابط فعلية لمركز الإدارة المنصوص عليه في عقد الشركة مع الواقع شريطه ان يتم ذلك وفقا لمفهوم قانوني ومقتضاه ان مركز الإدارة هو مركز التوجه الحقيقي[٤].

والحال نفسه يتكرر بالقانون الأمريكي والذي يرجح مركز الإدارة الفعلي في حالة تعدد مركز الإدارة[٥]، في حين لم تعالج الاتفاقيات محل المقارنة هذه الحالة .

وعليه اذا اسقطنا الوضع السابق من حاله تعدد موطن الشخص المعنوي على خطاب الضمان المقابل ، وافترضنا ان المصرفين (الضامن المقابل والضامن المباشر) لم يحددوا القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان المقابل في العقد المبرم بينهم ، فان القاضي العراقي سيعمل على تطبيق قانون موطنها المشترك اذا اتحدا موطنا، وعلى فرض ان المصرفين يحملان جنسية مختلفة لكنها متوطنان بنفس الدولة، وان احد المصارف او كلاهما له اكثر من مركز إدارة ، وسيحل القاضي العراقي هذه الإشكالية باختيار

---

(١) انظر د. عز الدين عبد الله ، مصدر سابق ، ص٢٣٦.

(٢) تنص المادة (١/٢٥) مدني مصري على ان ((يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لهم جنسية او الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد))

(3)Mayer,op.cit,p612

(٤) نقلا عن د. احمد قسمت الجداوي ،مصدر سابق ،ص٢٦٣.

(٥) نقلاً عن د. احمد عبد الحميد عشوش ود. عمر أبو بكر، مصدر سابق ، ٣٩٢.

مركز الإدارة الفعلي للمصرف ،فان كان المصرف متوطنا بالعراق سيطبق القانون العراقي بغض النظر عن مركز الإدارة للمصرف صوريا ام فعليا، اما اذا لم يكن للمصرف مركز إدارة في العراق سيختار قانون المصرف الذي يوجد به مركز الإدارة الفعلي ونعتقد ان وضع حلول عملية مسبقه لحل التنازع الإيجابي للموطن ، وذلك باتفاقيات تعقدها الدول فيما بينهما تكون بمثابه قانون تعاهدي تساعد في التغلب على الصعوبات الناتجة عن هذا التنازع .

خامساً: انعدام موطن الشخص المعنوي

بما ان موطن الشخص المعنوي يتحدد بمركز ادارته ، واذا مارس الشخص المعنوي نشاطه في العراق ،فان القانون العراقي هو الواجب التطبيق، لذلك لايمكن تصور انعدام موطن الشركة او المصرف او الشخص المعنوي، لان مركز الإدارة بالنسبة للشخص المعنوي كالموطن بالنسبة للشخص الطبيعي وتلك الروابط ذات طابع مادي من السهل تبينها بما يحفظ توقعات المتعاملين مع الشخص المعنوي[١] .

فمركز الإدارة هو المكان الذي تتواجد فيه الأجهزة الإدارية للشخص المعنوي مثل الجمعية العمومية ومجلس الإدارة بالنسبة للشركات وهذه الهيئات غالبا ما يحدد النظام القانوني للشخص المعنوي مقرها، ومكان وجود هذه الهيئات هو بمثابه امر مادي ليسهل تحديده بالاضافة الى ان اجتماعات هذه الأجهزة تتم عادة بصورة علنية[٢].

سادساً: تغيير موطن الشخص المعنوي

ان كان الأصل في مركز الإدارة الرئيسي انه ثابت لا يتغير، فليس هناك ما يمنع من تغييره او نقله الى بلد اخر، مادام ان هذا الانتقال قد تم صحيحا وفقا لقانون الدولة التي يوجد بها هذا المركز من الأصل، وشرط ان يقوم الشخص المعنوي بتعديل نظامه طبقا للاحكام المقررة في قانون الدولة التي انتقلت اليها ادارته[٣]. وكما هو الحال في تغيير جنسية الشخص المعنوي فان التغيير في موطن الشخص المعنوي يؤدي الى تغيير في قاعدة الاسناد تؤدي الى صعوبة في تطبيق القانون الشخصي على التصرفات التي

---

(١) انظر بنفس المعنى د. احمد عبد الكريم سلامة ، الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي ،ط١، جامعة الملك سعود ، الرياض ١٩٩٧ ، ص٣٦٤.

(٢) انظر احمد قسمت الجداوي ، مصدر سابق ، ص ٢٦٢.

(٣) انظر د. هشام علي صادق ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص٤٩٣.

وقعت في ظل القانون القديم، والاخرى التي لم تكتمل في ظل هذا القانون وامتدت اثارها لحين اكتساب الشخص موطنا جديدا وهذا هو التنازع المتحرك[١].

وعليه اذا لم يتفق اطراف خطاب الضمان المقابل على تعيين القانون الواجب التطبيق، واستنادا الى نص المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي فان النزاع يحل عن طريق تطبيق قانون موطنها المشترك، وعلى فرض ان المصرفين متوطنين في نفس الدولة، أي لها مركز إدارة في نفس الدولة وبعد ذلك قام احد المصرفين سواء المصرف الضامن المقابل او المصرف الضامن المباشر بتغير او نقل مركز ادارته الى دولة اخرى، فهنا يحل النزاع بالأخذ بالمكان الذي تم او ابرم فيه العقد بدلا من محل موطنها المشترك، نتج لتغيير مركز الإدارة الرئيسي من دولة الى اخرى، ولا يخفى عن البال ان انتقال مركز إدارة المصرف الذي يعد شركه مساهمه سوف يؤدي الى تعديل نظامه القانوني وفقا للاحكام المقررة في قانون الدولة التي انتقلت اليها ادارته.

المطلب الثاني

عوائق مابعد الإسناد في تطبيق قانون خطاب الضمان المقابل

في بعض الأحيان عندما ينظر قاضي النزاع العلاقة المشوبة بعنصر اجنبي المتعلقة بخطاب الضمان المقابل ، وبعد تطبيقه قانون العقد الذي اشارت اليه قواعد الاسناد الوطنية، يجد نفسه مضطرا الى تعطيل هذا القانون، لانه يتنافر مع الأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية في بلده والامر نفسه اذا كان قانون العقد جاء نتيجة تحايل على القانون، وذلك بتغيير ضوابط الاسناد او ظروفها التي تحكم العلاقة القانونية، وللتعرف على الإشكالات لابد من التعرض لها من خلال فرعين وبقدر تعلقها بدراستنا سنخصص الفرع الأول الى تقييد تنفيذ القانون الأجنبي لخطاب الضمان بالنظام العام.[٢] وسنتطرق في الفرع الثاني الى إساءة استعمال الاختصاص التشريعي في خطاب الضمان المقابل (الغش نحو القانون).

---

[١] راجع ص (٤٤) من الرسالة.

[٢] يتميز النظام العام في تنازع القوانين عن النظام العام الداخلي ، يطلق عليه عادة بالدفع بالنظام العام على أساس انه يدفع او يدرءبه به القانون الأجنبي . انظر د. احمد عبد الكريم سلامه ، مصدر سابق ،ص ٦٠٧ ، اما اصطلاح النظام العام الداخلي فانه يقترن بالقواعد القانونية الامرة ، التي هي مجموعه من القواعد في التشريع الداخلي التي لايجوز للافراد الاتفاق على خلافها . انظر سليمان عبد المجيد ، النظرية العامة للقواعد الامرة والنظام القانوني الدولي ،ط١، دار النهضة

الفرع الأول

تقييد تنفيذ القانون الإجنبي لخطاب الضمان المقابل بالنظام العام

يشتمل النظام العام على مجموعه من القواعد التي يقصد بها تحقيق مصلحه عامه سياسية او اجتماعية او اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الاسمى وتعلو على مصلحه الافراد(١).

وبما ان دراستنا تدور حول خطاب الضمان المقابل اذ يعد هذا الأخير نوع من الائتمان، لذا سيركز البحث على النظام العام الاقتصادي، الذي ينقسم على نوعين، النظام العام التوجيهي الذي يهدف الى حماية المصلحة العامة وذلك يتوجه جميع الانشطة لخدمه ما تسعى اليه الدولة من وراء سياستها الاقتصادية، ويتضمن النظام العام الاقتصادي القوانين الخاصة بتنظيم الأسعار والصرف والائتمان والاستثمارات والنقل والبيئة والتجارة والنظام العام الحمائي الذي يهدف الى حماية المصلحة الخاصة عموما، وفي خصوص العلاقات الاقتصادية يهدف الى حماية الطرف الضعيف اقتصاديا كالمستهلك والعامل والمقترض والمزارع(٢).

لذا فقد يتضح للقاضي عند تطبيقه قانون العقد الذي اشارت اليه قواعد الاسناد الوطنية، ان هذا القانون يتعارض بصورة واضحه مع الأسس والأفكار الأساسية لنظم المجتمع المطبقة في قانون القاضي على نحو تنعدم معه فكرة الاشتراك القانوني بينهما، وهو ما يؤدي الى استبعاد تطبيق قانون العقد واحلال قانون القاضي مكانه في اكثر الأحيان(٣)، وذلك لمخالفه قانون العقد للنظام العام السائد في ذلك الوقت في بلد

العربية ، القاهرة ،١٩٩٩،ص٣١٥ ويفضل بعض الفقهاء اصطلاح غياب الاشتراك القانوني بدلا من النظام العام مبررا ذلك بان هذا الاصطلاح اكثر انسجاما مع فكرة الموضوع التي تتعلق بالمشكلات التي تعترض القضاء عند اعتماده القانون الذي اشارت اليه قاعدة الاسناد ، انظر د. عبد الرسول الاسدي ، مصدر سابق ،ص ٢٣٩ ، هامش رقم ٢٢٣ . والجدير بالذكر ان فكرة غياب الاشتراك القانوني جاء بها الفقيه سافيني، وأرجع هذا الغياب الى اختلاف الأفكار والمفاهيم الاجتماعية والاقتصادية والسياسية بين المجتمعات، لمزيد من التفاصيل ، انظر د.هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص ط١، منشاه المعارف الإسكندرية ٢٠٠٣,٢٠٠٤،ص١٩٠ ومابعدها.

(١) انظر د. أحمد قسمت ، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد ، مصادر الالتزام ، ج١ ط٢ القاهرة ، ١٩٥٤ ص٢٠٥.

(٢) انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، مدونة أبحاث في القانون الدولي الخاص ، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص٤٤.

(٣) أن مخالفة احدى قواعد القانون الأجنبي لمقتضياه النظام العام ، لايخلع عنه صفه كونه القانون الملائم لحكم العلاقة وفقا لقواعد الاسناد الوطنية ، فاحترام قاعدة الاسناد يوجب عدم التوسع في تفسيرها، واعمال الدفع بالنظام العام ، غير ان الامر ينحسر في الفرض الذي يوجد فيه إرتباط او تلازم بين القواعد او الحكم في قانون الأجنبي المخالف للنظام العام ، انظر احمد عبد الكريم سلامه ، مصدر سابق ، ص ٦٠٧.

القاضي المعروض امامه النزاع اذ قد يتحقق هذا التعارض اذا كان قانون العقد أشار الى تطبيق قانون المصرف الضامن المقابل او قانون المصرف الضامن المباشر اللذان بدورها يجيزان الفوائد الربوية ، او ان عقد الضمان المقابل متأت من التجارة بالمخدرات(١).

ومسالة تقدير ما يعد من النظام العام متروكة للقضاء وقت صدور الحكم في النزاع ، كونه الوقت الذي سيطبق فيه القانون الأجنبي، ومعرفه ما اذا كان متعارضا مع النظام العام من عدمه في دولة قاضي النزاع مع خضوع تقدير القاضي في ذلك الى رقابة محكمة التمييز(٢).

وبخصوص موقف القانون العراقي والقوانين محل المقارنة من الدفع بالنظام العام نجد ان المشرع العراقي في مادة (٢/١٣٠) من القانون المدني العراقي النافذ.

حدد المواد المتعلقة بالنظام العام دون بيان انواعه(٣)، كما انه في الوقت نفسه نص على عدم تطبيق احكام قانون اجنبي قررته قواعد الاسناد الوطنية اذ اكانت هذه الاحكام مخالفه للنظام العام او الاداب في العراق(٤).

وهذا ما قرره المشرع المصري في المادة (٢٨) من القانون المدني المصري النافذ، اما في فرنسا فقد ذكر اصطلاح النظام العام في بعض نصوص التقنين المدني الفرنسي لسنه ١٨٠٤ المعدل ولاسيما في المادة (٦) منه والتي تنص على انه «لايجوز بالاتفاقيات الخاصة مخالفه القوانين المتعلقة بالنظام العام والاداب العامة» وبالرغم من ان هذا النص لم يذكر شيئا عن القوانين الأجنبية ، فقد استقر عليه العمل في القضاء الفرنسي(٥)، وما سار عليه العمل في القضاء الأمريكي(٦)، في حين لم تتطرق الاتفاقيات محل المقارنة الى هذا الدفع .

---

(١) انظر وبنفس المعنى د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. ساميه راشد ، مصدر سابق ، ص٢٦١.

(٢) انظر د. سامي بديع منصور و د. عكاشة محمد عبد العال ، مصدر سابق ، ص١٧١.

(٣) تنص المادة (٢/١٣٠) مدني عراقي على ان «ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الاحكام المتعلقة بالاحوال الشخصية كالاهلية والميراث والاحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف ومال المحجور ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائيه»

(٤) انظر نص المادة (٣٢) مدني عراقي.

(٥) بخصوص احكام القضاء الفرنسي المتعلقة بالنظام العام انظر بيار ماير وفانسان هوزية ،مصدر سابق ، ص٥٢٩_٥٣٠.

(٦) بخصوص فكرة النظام العام في النظام الانكلو امريكي انظر
Martin Wolf, Private International Law, Zeditions ,Oxford,1450,p_461ets

وفي معرض تقديرنا لفكرة الدفع بالنظام العام على خطاب الضمان المقابل نقول : بالرغم من المزايا التي يحققها اعمال هذا الدفع داخل البلد، من الحفاظ على السياسة التشريعية داخل البلد، الا ان هذا الدفع هو فكرة نسبية من حيث الزمان والمكان ، فما يعد من النظام العام في زمان ومكان مالا يعد كذلك في زمان ومكان اخر، كما ان المد والجزر في فكرة النظام العام ، قد يعرقل كفالة تنفيذ الحكم الأجنبي ، اذ قد ترفض محاكم الدول الحكم الأجنبي لمخالفة الشروط التي وضعتها بهذا الخصوص ، ومنها ان يكون الحكم الأجنبي المراد تنفيذه غير مخالف للنظام العام او الآداب .

الفرع الثاني

إساءة استعمال الاختصاص التشريعي في خطاب الضمان المقابل

(الغش نحو القانون)

ان تعدد قواعد الاسناد بين دول العالم وتنوعها يوفر فرصة لاطراف العلاقة القانونية الأستفادة من الاختلاف، فيسعون بوسائل متعددة وبشكل غير مشروع أحيانا لحث بعض هذه القواعد امام قاضي النزاع من اجل اعتمادها و الوصول بها الى قانون يتفق مع مصالحهم الخاصة ولو كان على حساب المصلحة العامة ، عن طريق تغيير ضوابط الاسناد اراديا بهدف التخلص من القانون الذي يفترض ان يحكم العلاقة القانونية واللجوء الى قانون اخر اكثر تحقيقا للنتائج المتوخاة، وهذا مايسمى بالتحايل على القانون(١).

فعندما يغير مصرف اهلي على سبيل المثال او ينقل مركز ادارته من دولة الى اخرى بهدف التهرب من النصوص في قانون الدولة الاولى التي تقيد عليه ابرام تصرفات معينه، فأننا نكون إزاء غش او تحايل على القانون وفي مثل هذه الحالة لا يعتد القاضي المختص بالقانون الجديد ويستبعده لوجود الغش نحو القانون، وقد حرصت قوانين الدول المختلفة سواء عن طريق تشريعاتها(٢)، او ما سار عليه العمل في

---

(١) لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع انظر احمد محمود حمدان الفضلي ، التحايل على القانون في القانون الدولي الخاص رسالة ماجستير مقدمه الى مجلس كلية القانون في جامعة الموصل،١٩٩٩.

(٢) تنص المادة (٥٧) من مشرع القانون الدولي الخاص الفرنسي على انه ((لايجوز التمسك بمركز قانوني بشان تطبيق قانون اجنبي لم ينعقد اختصاصه الا بالغش نحو القانون الفرنسي أشار اليه د. عز الدين عبد الله ، مصدر سابق ، ص٥٥ وهذا ماسار عليه القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ في المادة (٢/٤٥) أشار اليه د. عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، بدون سنة الطبع ، ص٤٤٢.

القضاء[١]، او عن طريق الفقه[٢]، للحد من هذه الظاهرة وهنالك نوعا اخر من الغش يظهر في نطاق خطاب الضمان المقابل فمن المعروف ان المصرف الضامن يلتزم بالوفاء بالتزامه الثابت في خطاب الضمان دون ان يطلب من المستفيد تبريرا او تفسيرا لطلبه وذلك تطبيقا لقواعد الضمان ، وهذا يوضح ان المصرف ملزم باحترام توقيعه حتى لو طلب منه مصدر الامر (البائع او المقاول) الامتناع عن الدفع لاي سبب كان، لانه ليس من حق هذا الأخير ان يتدخل في عقد ليس طرفا فيه بل اجنبيا تماما عنه[٣]، وليس امام مصدر الامر الا ان يقاضي المستفيد (المشتري او رب العمل) لاسترداد ما حصل عليه دون وجه حق ، لان القاعدة في الضمان هي ان «الدفع أولا ثم المقاضاة فيما بعد»

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بان «خطاب الضمان وان صدر تنفيذا للعقد المبرم بين المصرف والمدين المتعامل معه الا ان علاقة المصرف بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة اذ يلتزم المصرف بموجب خطاب الضمان وبمجرد إصدارة ووصوله الى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير بوصفه حقا له يحكمه خطاب الضمان مادام في حدود التزام المصرف المبين به ويكون على المدين عميل المصرف ان يبدأ هو بالشكوى اذا قدر انه غير مدين للمستفيد وان مديونته لاتبرر ماحصل عليه هذا الاخير»[٤]

والسؤال الذي يثار في هذا الصدد، هل بإمكان المصرف الضامن المباشر ان يمتنع عن الدفع استنادا الى رغبه مصدر الامر او من تلقاء نفسه، اذا اتضح له وجود دليل قاطع بان الطلب المقدم لاستلام مبلغ الضامن مشتمل على غش من جانب المستفيد ؟

وبالرغم من ان القضاء الوطني في العديد من الدول اقر مسالة استقلال الضمان المقابل ، كما عرفنا ذلك سابقا، الا انه يرفض تنفيذ هذا الضمان حال تواجد غش او تعسف ظاهر[٥].

---

[١] انظر في أحكام القضاء الفرنسي Bernard Audit,op.cit.p.210 وفي احكام القضاء الأمريكي د. احمد محمد الهداوي ، مصدر سابق ، ص ٤١٠.

[٢] يؤيد الفقه العراقي العمل به أستنادا الى نص المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي النافذ أنظر د.ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن ، ط١ دار الحرية للطباعة ، ١٩٧٣ ، ص ٢٠٦.

[٣] انظر د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص ٣٤٩.

[٤] حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ١٩٦٩/٥/٢٧ منشور في مجموعه أحكام محكمة النقض المصرية ، عدد ٢٠، ص٨١١.

[٥] بخوص حالات تعطيل الضمان راجع د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص٣٦٨.

فالمانيا التي اخذ فقهاؤها مسالة الضمان المستقل ودافعوا بشدة عن استقلال الضمان ترفض تنفيذ الضمان في حالة وجود غش او تعسف ظاهر

كما ان فرنسا وان كانت تقر الالتزام المستقل بشكل كبير كما هو موجود في المانيا حيث كانت توجد بعض التحفظات من القضاء الفرنسي، الا ان محكمة النقض الفرنسية اقرت في احكامها إمكانية التخلي عن استقلال الضمان في حالة الغش او التعسف الظاهر[١].

ففي حكم لمحكمة النقض الفرنسية في كانون الأول لسنة ١٩٨٥ اقرت المحكمة ان الغش يفسد مبدا الاستقلال في مجال الضمان المقابل بمجرد الطلب، وأشارت المحكمة الى ان طلب الضمان لم يكن مستندا الى حق ناشىء عن صدور الضمان ، ولكن كان بدافع الحصول على مزية لا يستحقها مما يترتب عليه ضرر الضامن ومصدر الامر وذلك تحت ستار الضمان[٢]، ويستشف من الكلام أعلاه ، ان هنالك شبه اجماع من الدول على رفض طلب الوفاء بالضمان القائم على الغش ، اذ ان هدف الضمان هو زرع الطمأنينة في قلب الدائن وليس استخدامه كوسيلة للغش، فاذا ظهر امام المصرف الضامن المباشر ادلة على غش المستفيد وقدم له مصدر الامر ادلة تفيد غش المستفيد فيجب عليه ان يتحقق من حسن نية المستفيد ولا يدفع له اذا وجد دليلا ظاهرا على وقوع غش منه[٣].

كما يمكن اعتبارا طلب الوفاء غشا في حالة ان يطلب المصرف الضامن المباشر طلب الوفاء، في حين ان هنالك امرا قضائيا في دولة الضامن المقابل يمنعه، فاذا امر القاضي بحجز مبلغ الضمان لدى المصرف الضامن المباشر ومنعه من دفعه للمستفيد، فانه يعد غشا ان يطلب المصرف الضامن المباشر من المصرف الضامن المقابل ان يدفع له مستحقاته، رغم ان الضمان المقابل مستقل عن الضمان المباشر وعن عقد الأساس اذا ان الطلب الصادر من المصرف الضامن المباشر الى المصرف الضامن المقابل يعد من الغش الظاهر[٤].

ولمزيد من الايضاح نعرض حكما صادرا من المحكمة العليا بجنيف في ١٩٨٥/٩/١٢ الذي تتلخص وقائعه بما يلي :

---

(١) نقلا عن د.محمد عبد الظاهر ،مصدر سابق ، ص١٥١.

(2) Csss.civ.1986.2-20593bs.stouflet,D.1986 p.213obs.

(٣) انظر د. علي جمال الدين عوض ، المصدر سابق ، ص ٣٥٠.

(٤) لمزيد من التفاصيل راجع د. علي جمال الدين عوض ، المصدر السابق ، ص ٣٧٥ ومابعدها.

(ان عقد ابرم بين شركة Miranos وهي شركة تقع في بنما ومركز ادارتها في جنيف، بصفتها بائعه، ومؤسسة عامة بسوريا بصفتها مشترية، اصدر البائع امرا الى اتحاد المصارف السويسرية بإصدار خطاب ضمان لصالح المستفيد وهي المؤسسة السورية، والتي طالبت بدورها ان يكون دفع الضمان من خلال مصرف في سوريا ، واستنادا الى ذلك اعطى مصدر الامر تعليماته الى LiBS اتحاد المصارف السويسرية بإصدار خطاب الضمان للمصرف التجاري السوري وبناء عليه اصبح UBS ضامنا واصبح المصرف التجاري السوري ضامنا مباشرا .

وعند تفريغ الشحنة في ميناء طرطوس بسوريا في ١٩٨٥/١/٢٤ ادعت المؤسسة السورية ان البضاعة التي قامت بتوريدها شركه mjranos لاتتفق مع المواصفات التي تم الاتفاق عليها في العقد ، واستنادا الى ذلك رفعت كل من المؤسسة السورية واتحاد المصارف السوسيرية UBS دعوى امام قاضي طرطوس المدني بهدف تعيين خبير لمعاينة البضاعه ، وبتاريخ ١٩٨٥/٢/٢٥ طلب المصرف السوري وهو المصرف الضامن المباشر من UBS وهو المصرف الضامن المقابل مبلغ الضمان ،وفي ١٩٨٥/٢/٢٧ حصلت شركه miranos وهي مصدرة الامر من قاضي الأمور المستعجلة في سوريا امرا بإيقاف الضمان المباشر من قبل المصرف التجاري السويسري وذلك حتى يصدر حكما في الموضوع ،وفي الشهر الخامس من سنة ١٩٨٥ اودع الخبير تقريره وجاء فيه ان العيوب الموجودة في البضاعة في حدود ماجرى العرف على التسامح فيه ، وفي تلك الاثناء وبالتحديد في ١٩٨٥/٣/٤ حصلت شركة miranos على حكم من رئيس محكمه جنيف بمنع UBS من سداد الضمان المقابل .

قام المستفيد (المؤسسة السورية) وUBS الضامن المقابل باستئناف الحكم الا ان المحكمة لم تستجب لهما وأقرت ان كليهما ليس له أساس قانوني ، وان المستفيد (المؤسسة السورية) قد ارتكبت عملا تعسيفا عندما طالبت بقيمه الضمان من المصرف الضامن المباشر(المصرف السوري التجاري)

وذلك لسببين : الأول : انه لايمكن ان نحمي طلب الضمان المقابل الا في الأحوال التي يجوز فيها طلب الضمان المباشر، وفي الحالة التي نحن بصددها لايمكن تنفيذ الضمان المباشر اذ ان القاضي السوري أوقف تنفيذه، ومن ثم فان طلب الضمان المقابل يعد طلبا تعسفيا لان طلب الضمان المباشر قد أوقف من قبل المحكمة ، كما ثبت للمحكمة سوء نية الضامن المباشر اثناء طلبه الضامن المقابل مما يستوجب عدم دفع الضمان المقابل لوجود غش من المستفيد والضامن المباشر.

الثاني : ان تقدير الخبير اثبت ان العيوب المدعى بها في القدر المسموح به في العقد ، مما يدل على ان العقد قد نفذ بشكل سليم، مما يعني ان المستفيد تعسف في طلبه بقيمه الضمان المباشر، وان الضامن المباشر تعسف أيضا في طلبه الضامن المقابل) [١].

وفي هذا المنوال فان هنالك تساؤلأ يطرح نفسه فيما اذا طلب المستفيد بطريق الغش وفاء الضمان من الضامن المباشر، فما اثر ذلك على طلب وفاء الضمان الصادر من المصرف الضامن المباشر الى المصرف الضامن المقابل ؟

للاجابة عن هذا التساؤل نقول انه اذا كان المصرف الضامن شريكا في الغش بانه كان يعلم بغش المستفيد او ان هنالك ظروفا توجب عليه العلم بغش المستفيد ، فان هذا المصرف يعد قد ارتكب غشاً عندما دفع للمستفيد وكذلك عندما يطلب الوفاء من المصرف الضامن المقابل[٢].

وأخيرا فأننا نتسائل وفقا لاي قانون يمكن القول ان هنالك غشا او تعسفا ظاهرا في المطالبة بالضمان المقابل ؟

حسب راينا المتواضع نرى ان القانون الذي يحدد مسالة الغش او التعسف الظاهر من قبل المستفيد من الضمان هو القانون الذي يحكم عقد الأساس أي العقد الذي يربط مصدر الامر بالمستفيد ، وذلك لانه من الصعوبة بمكان ان يوجد غش في علاقة الضامن المباشر والضامن المقابل ولا يمكن تصوره الا في حالة التواطؤ بين المستفيد من الضمان والضامن المباشر .

أي اننا لكي نعتبر ان هنالك غشا في طلب الوفاء بالضمان المقابل فيجب ان يوجد غش مزدوج من جانب المستفيد الذي طلب الوفاء بالضمان المباشر وغش من جانب الضامن المباشر الذي يطلب بالضمان المقابل، وهذا الغش المزدوج هو الذي يربط بين الضامنين، وهو الذي يعطل مبدا استقلال الضمان المباشر والضمان المقابل من عقد الأساس ويجعلنا نميل الى تطبيق القانون الذي يحكم عقد الأساس ليقوم مسالة وجود غش او تعسف ظاهر من عدمه والشروط اللازم توافرها لحدوث هذا الغش. هذا من ناحية ومن ناحية اخرى فان الغش او التعسف الظاهر يحدث من جانب المستفيد وهو طرف في عقد الأساس واثاره

---

(1)Cour De justicecivil de Geneve ,ler sect ,12sep 1985 cunion de Bangue suisses ,u-B-set General Establishnent for cesreala processing and tnadec miranos Internationa trading inc.,S-A D-1986 p165.

نقلا عن د. وليد ماهر ، خطابات الضمان الدولية ،ط١، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع مصر ٢٠١٨،ص٧٩، وما بعدها

(٢) انظر د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص٣٦٧.

تتصرف الى مصدر الامر الذي يعد الطرف الثاني في عقد الأساس، ومن هذا المنطلق فانه من المنطقي ان يكون القانون الذي يحكم عقد الأساس هو الذي يحدد مسالة الغش او التعسف الظاهر .

ولا يمكن انتقاد هذا الراي بحسبان استقلال الضمان المقابل عن عقد الأساس لان الغش الذي يحدث من جانب المستفيد يفسد او يعطل هذا الاستقلال.

الفصل الثاني

الفصل الثانـي

دور القواعد الموضوعية والتحكيم في حل تنازع الاختصاص التشريعي لخطاب الضمان المقابل

انّ منازعات خطاب الضمان المقابل تتم بين مصرفين، المصرف الضامن المقابل والمصرف الضامن المباشر، وعادة ماتنأى المصارف بنفسها عن التقيد بالقوانين الوضعية للدول التي تكون على صلة بالعلاقة، وتحتكم غالباّ الى عادات وممارسات عملية مصرفية تساعدها في القانون المقارن ويسري عليها العمل في هذه المصارف ، إضافة الى فضلا عن ذلك ان العمليات المصرفية تحكم في الغالب بقواعد واعراف مشتركة بين الدول، وما تبناه المشرعون في الدول المختلفة لا يعدو ان يكون تقنيناّ لهذه الأعراف والقواعد المستقرة، مما ادى الى وجود نوع من التماثل لدى سائر التشريعات في القواعد التي تحكم هذه العملية(١).
الامر الذي يدعونا الى معرفه الدور الذي تلعبه القواعد الموضوعية في تحديد القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان المقابل، وهذا ماسنتعرف عليه في المبحث الأول من هذا الفصل كما لاحظ المعنيون في تحديد القانون الواجب التطبيق على عمليات المصارف بصورة عامة، انّ هنالك عدم ثقة في قواعد التنازع ، الامر الذي دفع المتعاملون في التجارة الدولية الى الهروب منها مما دفع احد الفقهاء(٢) الى القول ان هناك عدم تناسب واضح بين حجم العمليات المصرفية والمنازعات التي تثار بشانها، مما حدى باطراف خطاب الضمان المقابل الى تسوية منازعات عن طريق التحكيم، اذ أن كل طرف يهمه الوقوف اولأ على مضمون الحقوق التي يقرها له القانون حتى يمكنه تحديد الجزء الذي يمكنه له التنازل عنه من بينها . وهذا يدفعنا الى بيان الدور الذي تلعبه اتفاقيات التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان المقابل، وهذا ماسوف نتطرق اليه في المبحث الثاني من هذا الفصل .

---

(1) Khaled Mohamed , op.cit,p81 في كل ماتقدم انظر

(2) Jean pierre mattout " droit bancaire international ed.la revue banqu 1987 N7 p46

المبحث الأول

تأثير القواعد الموضوعية على اختصاص خطاب الضمان المقابل

يندرج تحت لواء القواعد الموضوعية، نوعين من القواعد، الاولى مايسمى بالقواعد ذات التطبيق الضروري او (القواعد الامرة) [1]، التي شرعت أصلاً لتنظيم العلاقات الوطنية، الا انّ طبيعتها الأمرة تقتضي امتداد سريانها الى العلاقات العابرة للحدود ، وقد تنتمي هذه القواعد الى قانون القاضي او قانون اجنبي اخر الأمر الذي يدعونا الى الإحاطة بالدور الذي تلعبه هذه القواعد في تحديد القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان المقابل ، وهذا ما سنتاوله في المطلب الأول من هذا المبحث .اما النوع الثاني من القواعد فهي ما يطلق عليها بالقواعد المادية[2] والتي تتضمن حلول موضوعية مباشرة لحل النزاع في علاقات التجارة الدولية اذ يطبقها القاضي دون الحاجة لاعمال قاعدة الاسناد، لذا يتطلب معرفة الدور الذي تلعبه القواعد المادية في تحديد القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان المقابل في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الأول

دور القواعد الأمرة في حسم تنازع الاختصاص التشريعي لخطاب الضمان المقابل

تعرض منهج قواعد لأسناد في حل مسائل تنازع القوانين الى انتقادات شديدة من قبل الفقه، في محاولة منهم الى استبعاده وإيجاد حلول من خلال مناهج اخرى تتولى تحديد الاختصاص التشريعية[3]، مما دفعهم للاعتراف بمجموعة من القواعد القانونية التي تنتمي الى قانون القاضي او قانون اجنبي اخر شرعت أساسا لتنظيم الروابط الداخلية، الا انّ طابعها الآمر اقتضى امتداد تطبيقها الى العلاقات الخاصة الدولية،

---

(١) انظر في اختلاف تسمية هذه القواعد د. احمد عبد الكريم سلامة ، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٨٥.

(٢) انظر في اختلاف تسمية هذه القواعد مابين القواعد المادية والقواعد الموضوعية والمباشرة جمال محمود الكردي ، القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق في جامعة تولوز،١٩٩٣ ،ص٣٨، اذ يخلص الى القول ان اصطلاح القواعد الموضوعية يثير الخلط بينها وبين القواعد الإجرائية، كما ان تسميتها بالقواعد المباشرة يشير بينها وبين القواعد ذات التطبيق الضروري.

(٣) انظر د. احمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين (دراسة مقارنة) مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، ١٩٨٩ ، ص٥ وما بعدها، و د. احمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق ، ٢١٣.

اذ انها تطبق على العلاقة المشوبة بعنصر اجنبي بمقتضى منهج قواعد الاسناد، وهي مايطلق عليها اليوم بالقواعد ذات التطبيق الضروري او المباشر او منهج البوليس او الامن المدني[١].

ان الإشكالية التي تثار بشأن هذه القواعد تتعلق بتعريفها، لاسيما وان المشرع ينأئ بنفسه في اغلب الأحيان عن ذلك لذي يتصدى الفقه للقيام بهذه المهمة

اذ عرفها البعض[٢] بانها ((تلك القواعد التي يضعها المشرع الوطني لغرض حماية المصالح الجوهرية للتنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة مما يتم تطبيقها بأسلوب آمر وفوري على جميع العلاقات الخاصة الدولية التي تدخل في مجال تطبيقها ودون المرور بالقانون الذي تشير اليه قاعدة التنازع الوطنية)) واذا كانت جميع القواعد القانونية تصاغ بشكل يضمن معه تحقيق سياسة الدولة التشريعية، الا ان القواعد محل البحث لاتشمل جميع القوانين التي تصاحب تدخل الدولة ، بل تلك التي تتسم بسمه معينه ، فلا يكون منها الا القواعد التي تتسم بسمه معينة، فلا يكون منها الا القواعد التي ترمي تحقيق المصالح الضرورية ، فاذا كانت هذه القواعد تبغي حماية المصلحة العامة من خلال توجيه كافة الأنشطة لخدمة ماترمي اليه الدولة من وراء سياستها الاقتصادية والاجتماعية يطلق عليها بالنظام العام التوجيهي اما اذا كانت الغاية منها حماية المصلحة الخاصة سميت بالنظام العام الحمائي، لذلك يمكن لهذه النوع من القواعد القانونية ، ان تتواجد حينما توجد الدولة وحيث تتدخل وتهدف الى اشباع وحماية مصالح افرادها ، ومن بين تلك القواعد، القواعد المتعلقة بحماية المصالح النقدية والمتعلقة بالعمليات المصرفية[٣].

ولامراء اذا أوضح المشرع عن ارادته صراحة في ان القانون الذي سنه من القواعد ذات التطبيق الضروري او المباشر، بحيث يحدد النطاق المكاني لسريانه، لكن الأمر يدق اذا لم يكشف المشرع عن صيغة القانون

---

(1)francessckis ,Quelques precisions sur les lois dappkion im me diaiate et leur rapponts aves les rea les conflits de lois, Revue critique de droit inter national prive ,france ,1966,p5ets

(٢) انظر د.عباس زبون العبودي ، المناهج الجديدة في العلاقات الخاصة الدولية واثرها على قاعدة تنازع القوانين ، بحث منشور في مجلة اليرموك ، تصدر عن كلية اليرموك الجامعة ، المجلد٨ ، العدد ١ ،٢٠١٦ ،ص٩ . ولمزيد من التفاصيل عن التعريفات التي قيلت بصدد هذه القواعد راجع حسين نعمه الزيادي ، الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية القانون في جامعة بابل ،٢٠٢٢ ،ص٣٣_٣٧.

(٣) انظر بيار ماير وفانسان هوزية ، مصدر سابق ،ص١١٩.

الذي وضعه وبالتالي عن نطاق تطبيقه المكاني، بحيث يصعب مد حكم هذا القانون على العلاقات الخاصة الدولية[١].

وللتعرف على الدور الذي تلعبه هذه القواعد بتحديد القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان المقابل، لابد لنا من تقسيم هذا المطلب الى فرعين سنخصص الأول الى تاثير القواعد الامرة في قانون دولة القاضي على خطاب الضمان المقابل وسنبين في الثاني دور القواعد الامرة الأجنبية على تحديد قانون خطاب الضمان المقابل .

الفرع الأول

تأثير القواعد الأمرة في قانون دولة القاضي على خطاب الضمان المقابل

انّ رغبة الدول في التدخل في القطاع الاقتصادي والاجتماعي حماية منها للطرف الضعيف ورغبة منها في تحقيق المصلحة العامة، ادى الى تضمين قوانينها قواعد آمرة لايحق للأفراد الاتفاق على خلافها، علما بان هذا التدخل لم يكن مقتصرا على التنبيه الى وضع الحلول الخاصة بتنازع القوانين، بل يمتدا أيضاً الى وضع هذه القواعد موضع التطبيق من خلال إيجاد منهج يتوافق مع طبيعة هذه القواعد وتحقيق الأهداف من وراء تقريرها[٢]، وهناك إجماع تشريعي على تطبيق او اعمال القواعد ذات التطبيق الضروري المنتمية الى قانون القاضي الواجب التطبيق على النزاع، وهذا ماسارت عليه اغلب القوانين، فبالنسبة للقانون العراقي والقوانين محل المقارنة، عند تتبع هذه القواعد بصورة عامة بغض النظر عن تلك المقتصرة على الائتمان النقدي فنجد ان القانون المدني العراقي النافذ عدَّ الاحكام المتعلقة بالاحوال الشخصية بصفه عامة كالاهلية

---

[١] انظر في احكام القضاء الفرنسي الرافض للقواعد التي لم ينص عليها المشرع الفرنسي حكم محكمه كولمار في ١٩٧٣/٢/٧ والذي ينص على ان فكرة النظام العام العائلي الفرنسي لايمكن في غياب الإرادة المصلحة الواضحة للمشرع ان تلحق بقانون القاضي لتبرير التطبيق المباشر والفوري والملزم لاحكام القانون الفرنسي ، والمتعلقة بقابلية النظام المالي للتبديل، أيا كان القانون الذي يحكم عاده النظام المالي للازواج وفقا لقواعد تنازع القوانين ، أشار اليه د. احمد عبد الكريم سلامه ، القواعد ذات التطبيق الضروري ، مصدر سابق ، ص١٩١.

[٢] انظر د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص٦٥ ود. مظفر ناصر حسين، قواعد التنازع وقواعد التطبيق المباشر في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، تصدر عن كلية القانون في جامعة بغداد العدد ٢، المجلد١١، ١٩٩٦ ، ص٢٩١.

والأنظمة المتعلقة بها من النظام العام وفقا للمادة (٢/١٣٠) منه[١]، ومن خلال حديثه عن التنازع الدولي من حيث الاختصاص التشريعي ، وبعد ان حدد القوانين التي يرجع اليها في كل من الزواج والطلاق وسائر الواجبات مابين الآباء والابناء استنادا الى نص المادة التاسعة عشر بفقراتها الأربعة عاد وحصر الاختصاص التشريعي بالقانون العراقي وحده، اذا كان احد الزوجين عراقيين وقت انعقاد الزواج وفقا للفقرة الخامسة من المادة أعلاه والتي تعد من قبيل القواعد ذات التطبيق الضروري، ومن قبيل القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون العراقي مانصت عليه المادة (٤٩) من قانون حماية المؤلف العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٧١ المعدل[٢] ، وتجدر الإشارة الى ان المادة(٣/١) من قانون الجنسية العراقي لعام ١٩٦٣ الملغي والتي حددت سن الرشد (١٨) سنة للعراقيين والأجانب على حد سواء طبقا لاحكام القانون العراقي تعد من قبيل القواعد ذات التطبيق الضروري في حين اكتفى قانون الجنسية العراقي رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ النافذ ببيان سن الرشد بثمانية عشر سنه[٣]. اما عن موقف القانون المصري، فنلاحظ ان القانون المدني المصري النافذ قد ركز الاختصاص التشريعي بالقانون المصري اذ كان أحد الزوجين مصريين استنادا الى المادة (١٤) من القانون المصري[٤].

وبخصوص موقف القانون الفرنسي، فقد حرص المشرع الفرنسي على تضمين قانون نابليون لسنة ١٨٠٤ المعدل على هذه القواعد صراحه وفقا للفقرة الأولى من المادة الثالثة والتي جاء فيها ان ((قوانين البوليس والأمن ملزمه لكل من يقطن الأقليم الفرنسي)) كما ان المادة (١/١٦) من قانون النقل البحري ومشارطات ايجار السفينة الفرنسي المؤرخ في ١٩٦٦/٦/١٨ المعدل تنص على ان ((في غير الحالات التي ترتبط

---

(١) تنص المادة (٢/١٣٠) مدني عراقي على ان ((ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والاحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف والعقار والتصرف بمال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكن في الظروف الاستثنائية))

(٢) تنص المادة (٤٩) من القانون حماية المؤلف العراقي سالف الذكر على ان((تسري احكام هذا القانون على مصنفات المؤلفين العراقين والأجانب التي تنشر او تمثل او تعرض لأول مرة في جمهورية العراق))

(٣) انظر م(١/ج) من قانون الجنسية العراقي النافذ

(٤) انظر د.حسام الدين فتحي ناصف ، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ،١٩٩٤،ص٤٦

بها فرنسا بمعاهدة دولية تقضي بخلاف ذلك يطبق القانون الفرنسي على عقد النقل البحري متى كان النقل قد بدا من ميناء فرنسي او انتهى به)) [١].

اما بشأن القانون الأمريكي، فقد توصل فقهاء القانون الدولي الخاص هناك الى نتائج مماثلة لتلك المتعلقة بتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري[٢] اضف الى ذلك ماجاءت به المادة (١٨٧) سابقة الذكر من التقنين الأمريكي الثاني والمتعلق بمبدأ سلطان الإرادة اكدت على ان تطبيق القانون المختار لايجب أن يكون مخالفا للسياسة التشريعية للدولة التي يكون لها مصلحة في تطبيق قانونها تفوق مصلحة الدولة التي اختار الأطراف قانونها كقانون واجب التطبيق، والدولة التي يكون لها المصلحة الأكبر هي التي يكون قانونها واجب التطبيق في حالة عدم وجود اختيار للأطراف[٣]

وعن الوضع في الاتفاقيات الدولية محل المقارنة وان لم تنص صراحة على هذه القواعد، لكننا نستشف ضمنيا بان نصوص الاتفاقية لاتطبق اذا تعارضت مع قواعد ذات تطبيق ضروري في احدى الدول المتعاقدة، ويتنافي ذلك ماجاء به نص المادة (١) من اتفاقية قواعد غرفة التجارة الدولية سالفة الذكر التي حددت مجال انطباقها، فبعد ان حددت في شطر الفقرة (ب) من هذه المادة ان مجال انطباقها يتحدد في الدول المتعاقدة اذا اشارت قواعد القانون الدولي الخاص بذلك ، عادت في عجز المادة ذاتها لتقول مالم يستبعد التعهد تطبيق الاتفاقية.

وبعد هذا الاستعراض عن القواعد ذات التطبيق الضروري ومدى انتشارها في قوانين الدول للمحافظة على مصالح هذه الأخير اقتصادية كانت ام جتماعية، بات لزاما علينا ان نبحث الى أي مدى ينكمش دور

---

(١) نقلاً عن د. صلاح محمد المقدم ، تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات ايجار السفينة دراسة مقارنة في القانون البحري ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، ١٩٨١،ص٤٧٤

(٢) يتميز القانون الدولي الخاص الأمريكي بطابعة القضائي ، فحلول تنازع القوانين لا تأتي على غرار الحلول الأوربية المعتمدة على النموذج السافيني في الاسناد الذي يناصبه الفقه الأمريكي العداء ولاسيما الفقيه كيري الذي قدم نظرية المصالح الحكومية ، فاستنادا لهذه النظرية يجب ان تاتي حلول التنازع على ضوء تحليل القواعد القانونية المتزاحمة للكشف عن المسائل والمصالح التي يتعين عليها إدراكها، وفقا لهذه المصالح بتحديد نطاق التطبيق المكاني لكل قاعدة، فتطبيق قاعدة قانونية ما، يعني ان الدولة التي أصدرتها لها مصلحه في هذا التطبيق، لمزيد من التفاصيل حول هذه النظرية انظر Brainerd Currie, Selected on the con flict of laws,dorhamN,Carlina,1963,p.107 ets

(٣) انظر نصوص التقنين الأمريكي الثاني متاح على الرابط الاكتروني www.coiumbia.edu/mr2651/..

قاعدة الاسناد في خصوص العمليات المصرفية عموما وخطاب الضمان المقابل خصوصا ، بفعل انتشار قوانين البوليس المنظمة لهذه العمليات .

لما كانت المصارف تمارس عمليات حيوية وهامة متعلقة بالأقتصاد الوطني فقد سارت التشريعات المقارنة على اخضاع هذه المصارف عند ممارستها لنشاطاتها، أيا كانت ،لقانون الدولة التي تمارس فيها نشاطاتها[١].

فمن المعروف ان للمصارف دوراً هاما في الحياة الاقتصادية، فالمصارف التجارية تقوم بخلق جزء من النقود هي النقود الكتابية، كما ان البنك المركزي يقوم بإصدار النقود القانونية ويهيمن ويشرف على سياسة الائتمان في الدولة ولعل الوظيفة الخطيرة التي تضطلع بها المصارف من حيث كونها تخلق النقود وتؤثر في خلق الأئتمان وتوجيهه ودفعت جانبا من الفقه[٢]، الى القول بان المصارف انما تدير مرفقا عاماً.

خلاصه ماتقدم هو ان غالبية القوانين المنظمة لعمليات المصارف لها صفه قوانين البوليس، بيد ان هذا الامر يحتاج الى مزيد من التحديد قانون المصرف يطبق بوصفه من قوانين البوليس او الأمن المدني فأننا نقصد بتوجهه أصلا الى ناحية الفرض اذ تتم العملية المصرفية ذات الطبيعة الدولية في العراق بواسطة احد المصارف العاملة فيها وايا كانت صفه هذا المصرف (مصرف ضامن مباشر ام مصرف ضامن مقابل) ففي هذه الحالة يكون القانون العراقي هو الواجب التطبيق دون شبهة من خلال منهجية التنازع وهو ما يتحقق بالأختيار الصريح أو المؤكد لهذا القانون أو باعتبار ان هناك قاعدة الأسناد تقضي من حيث المبدأ بتطبيق قانون المصرف بوصفه صاحب الأداء المميز، كما ذكرنا سابقا .

على ان ذلك لا يخل أبداً بأعمال القواعد المصرفية ذات التطبيق الضروري في العراق، حيث يتم ابرام العملية المصرفية من قبل مصرف في العراق ويتفق المتعاقدان على اخضاع العملية لقانون اخر اجنبي، فالقانون المختار بموجب قانون الإرادة لايجرد القانون العراقي من التدخل لتنظيم المسائل المتعلقة بهذه

---

[١] انظر المادة (٣٦) من قانون المصارف العراقي رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤ النافذ المتعلق بالقيود على اسهم المصارف والتي تنص على ان((لايجوز لاي مصرف ان يمنح عميلا أي ائتمان بما في ذلك القروض والسلف او ان يقدم له ضمانا مكفولاً باسهم لعميل في المصرف ولايجوز للمصرف ان يشتري أسهمه هو الا بموافقة مسبقة من البنك المركزي العراقي)) كذلك المادة (٢/١٠٧) من نفس القانون التي تنص على ان ((يسري هذا القانون في حالة وجود تعارض بينه وبين حكم من احكام أي قانون عراقي اخر)) وم (٢٦) من قانون البنوك والائتمان رقم ٥٠ لسنه ١٩٨٤ المصري التي تنص على ((تخضع جميع البنوك والائتمان التي تمارس عملياتها داخل جمهورية مصر العربية لاحكام هذا القانون))

[٢] د.علي جمال الدين عوض ،مصدر سابق ،ص ١٢ ومابعدها.

العملية والمعدة من القواعد ذات التطبيق الضروري، بحسبان ان هذه القواعد الأخيرة انما تقيد من مجال اعمال قواعد الاسناد امام القاضي العراقي .

الفرع الثاني

تأثير القواعد الأمرة الأجنبية على تحديد قانون خطاب الضمان المقابل

اثار استعمال القواعد ذات التطبيق الضروري المنتمية الى قانون اجنبي جدلأ واسعا بين أوساط الفقه الحديث حول المنهج الذي يجب اتباعه لتعيين هذه القواعد(١). والرأي الراجح هو اعمال قاعدة اسناد مفردة الجانب والتي على ضوءها يطبق القاضي القانون الوطني او الأجنبي الذي يدخل نطاق اعماله الوقائع محل النزاع، فلا تطبق هذه القواعد الا في الحالات التي يراها المشرع الذي وضعها وعندما تكون المصالح التي تحميها تلك القواعد في خطر يقتضي تطبيقها، علما ان هذه المصالح يجب أن تكون مشروعة في نظر القاضي المعروض عليه النزاع ايضا(٢).

ان أعمال هذه القواعد يكون من خلال التركيز على الصلة الوثيقة التي تربط بين مضمون واهداف هذه القواعد ونطاق تطبيقها، وأن تقدير مدى توافر هذه الصلة من عدمها امر متروك الى سلطة القاضي التقديرية التي بدورها تخضع لرقابة محكمة التميز، وذلك بوصف هذه المسألة تتعلق بالمعيار الواجب الاتباع(٣).

وقد كرست بعض التشريعات هذه الحلول المقدمة ،كما هو الحال في المادة (١٨) من القانون الدولي الخاص السويسري لسنه ١٩٨٧ النافذ والتي صاغت حلا يسمح للقاضي بأن يأخذ في الأعتبار او يطبق أحكام أي قانون أجنبي غير ذلك الذي تشير قواعد الاسناد السويسرية باختصاصه متى اقتضت هذه الأعمال اهداف القانون الأجنبي ،وقدر القاضي أن النزاع على صلة وثيقة بهذا القانون أو أن ثمة مصالح

---

(١) انظر في عرض هذه الأراء د. أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري مصدر سابق ،ص١٨٠ وما بعدها، و د. هشام علي صادق ، مصدر سابق، ٤٠١.

(٢) انظر بيار ماير وفانسان هوزيه ،مصدر سابق ، ص١٢٥،١٢٦.

(٣) انظر فراس كريم شيعان ، اثر اتفاقيات التجارة الدولية في تطور قواعد تنازع القوانين اطروحة دكتوراه مقدمه الى مجلس كلية القانون في جامعة الموصل ،٢٠٠٧، ص١٧٧.

مؤكدة تستلزم تطبيقه ، كما قننت ذات الحل المادة ٣٠٧٩ من القانون المدني في الكيبك الصادر في ١٩٩١/١٢/١٨.[١]

اما القوانين محل المقارنة ، فنجد أن القانون الفرنسي وبعد نفاذ اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية المعدلة بلائحة روما لسنة ٢٠٠٨[٢]، وبالتالي اعمالها بمثابة قانون داخلي هناك ، فان المادة (٧) منها أعطت اثرا للنصوص الأمرة لقانون دولة اخرى يربطها بالعلاقة رابطة وثيقة وذلك متى ما كانت هذه القواعد الامرة واجبة التطبيق وفقا لقانون هذه الدولة ألأخيرة ، واياً كان القانون الذي يحكم العقد[٣].

والجدير بالذكر أن القانون الأكثر صله بالنزاع ، قد يكون اكثر من واحد وكلا القانونين يشمل على قاعدة ضرورية التطبيق، أضافة الى ان قانون القاضي قد يتضمن على هذه القواعد فكيف يحل هذا التنازع الإيجابي ؟

يذهب الفقة الى إعطاء الأولوية الى القواعد ذات التطبيق الضروري المنتمية الى قانون القاضي اذا كانت قواعده من بين القواعد المتنازعه ، لأن سبب وجود تلك القواعد هو حماية الأسس الاقتصادية والاجتماعية الضرورية في مجتمع دولة القاضي[٤].

اما اذا حدث تنازع بين قاعدتين ذات التطبيق ضروري ينتميان الى قانون دولتين مختلفتين ليس بينها قاعدة ذات تطبيق ضروري تنتمي الى قانون دولة القاضي ، وهي فرضية نادرة الحدوث اذا غالبا ماتنص الدول على ذات التدبير مثل ابطال العقد، فيرى البعض بتطبيق قواعد قانون الدولة التي يمكن أن تختص محاكمها بالفصل في النزاع، بينما يذهب البعض الأخر الى تطبيق قانون الدولة التي لها مصلحة حقيقة وجدية في ان يسري قانونها كان تكون الدولة التي يجب ان ينفذ الحكم الصادر فيها[٥].

مقتضى ماتقدم أن التنازع بين القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية لايثار الا في الفرض الذي يتعذر التوفيق بين القانونين الأجنبين اللذين يكون لكل منها إرادة الانطباق على الواقعة محل النزاع، عند ذلك

---

(١) نقلاً عن د. عكاشة محمد عبد العال ، مصدر سابق ،ص ١٨٨

(٢) تم نفاذ هذه الاتفاقية في فرنسا في عام ١٩٩١ نقلا عن Audit,op.cit,p.686

(٣) انظر وبنفس المعنى د.هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص ٣١٧.

(٤) انظر د. سامي بديع منصور و د.عكاشة عبد العال ، مصدر سابق ، ص ٤٤.

(٥) نقلاً عن د. أحمد عبد الكريم سلامة ، القواعد ذات التطبيق الضروري ، مصدر سابق ، ص ١٩٥،١٩٤.

لامناص من التضحية بأحدهما واعمال الأخر ، فاي قانون من بين هذه القوانين هو الذي يجب ان يتلقفه القاضي ليطبق حكمه .

وترى الباحثة انه :(على القاضي أن يطبق القانون الأكثر فعالية، أي ذلك القانون الذي يربطه بالواقعة المعروضة روابط وثيقة يتراجح معها احتمال تطبيقه لما يوجد من درجة ارتباط تفوق ذلك الارتباط الذي يربط سائر القوانين الاخرى بالواقعة المعروضة، ويمكن للقاضي المعروض أمامه النزاع أن يقف على هذا القانون متى ما أخذ في نظر الاعتبار الضوابط الاتية : طبيعة النصوص المتضمنة في كل من هذه القوانين، وموضوعها ودرجة الارتباط الوثيق الذي يربطها بالمنازعة، والنتائج المرتبطة على تطبيق أو عدم تطبيق هذه النصوص القانونية .

والذي لا شبهة فيه لدينا أن القانون الذي يمكن أن تتحقق فيه هذه الضوابط في العمليات المصرفية بصوره عامة هو قانون الدولة التي يوجد فيها المصرف أو الفرع الذي قام بالعملية ، ونحن اذ نرجح الحل المتقدم فأننا نقدر أن ضوابط الاستهداء التي نضعها ليست من قبيل المعايير الواضحة القاطعة يعملها القاضي وهو مطمئن دون عناء، اذ أن الامر بشأنها لايخرج عن كونها موجهات ، تعين القاضي في مهمته بعد تطبيق احد القوانين الاجنبية المتنازعة من بين القوانين التي لها صفة قوانين البوليس، وتجدر الإشارة الى أنه ما يثبت إختصاص القواعد ذات التطبيق الضرورية الأجنبية فأنها تطبق ومن غير ان يحول دون إعمالها عائق اللهم إلا إذا كانت مخالفة للنظام العام في دولة القاضي، فالنظام العام هو صمام الأمان الذي بموجبه يتم إستبعاد كل قانون اجنبي يبدو متعارضا مع الأسس الجوهرية في قانون القاضي، اقتصادية كانت أم اجتماعية أم سياسية وذلك بغض النظر عن المنهجية التي على أساسها تم تحديد هذا القانون الأجنبي وما إذا كانت منهجية التنازع التقليدية أم منهجية القواعد ذات التطبيق الضروري[١].

نخلص مما تقدم أن القواعد ذات التطبيق الضروري أو المباشر هي قواعد تحدد بذاتها مجال انطباقها، يصفها البعض بانها قواعد إسناد خاصه بقصد المقابلة بينها وبين قواعد الاسناد التقليدية ودون أن يعطي لها من الناحية الفنية المعنى المحدد لهذه الأخير، وحين تعرض منازعه أمام قاضي عراقي مثلا ، عليه إبتداء أن يبحث ما إذا كانت هنالك قواعد ذات التطبيق ضروري واجبة الانطباق أم لا، فأن وجدت لانزال حكمها ، وان لم توجد كان عليه أن يبحث عبر منهجية قواعد الاسناد التقليدية ، فان أشارت الى قانون

---

(1) Betffol, lepluratisme des methods en droit internationad prive,cours la Hage, 1973, t.H.p.136ets

اجنبي وجب إعماله في جملة بما فيه القواعد ذات التطبيق الضروري، ومن جانب أخر ليس ثمة مايحول بتاتا دون تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية ولو لم تكن شقاً من القانون الواجب التطبيق على العلاقة محل النزاع ، وفي حال تعدد القوانين التي تعطي لنفسها مكنة الانطباق فانه يكون على القاضي أن يتخير واحد من هذه القوانين ليطبقه ، والقاضي يتمتع وهو بصدد تنفيذ هذه المهمة بسلطان ولكنه بضرورة أن تكون هناك مصلحه جدية ومشروعه تطبيق هذه القواعد.

المطلب الثاني

دور القواعد المادية في تحديد المعايير التشريعية لخطاب الضمان المقابل

أضحت الدراسات التحليلية لواقع العلاقات الخاصة الدولية عن عجز القوانين المعدة للعلاقات الوطنية في إيفاء متطلبات وحاجات التجارة الدولية، وباتت الأهداف التي ترمي الى تحقيق اليقين القانوني وحماية التوقعات المشروعة للعاملين في ميدان التجارة الدولية، أهدافا عزيزة على فقه القانون الدولي الخاص دون سواه من فروع القانون الاخرى بسبب الطبيعة المميزة لقواعد هذا القانون والأسلوب الفني المتبع في هذا الفرع لتسوية المنازعات الناشئة عنه[١].

وإزاء الفجوة الشائعة بين القوانين الداخلية والواقع التجاري الدولي، لم يجد العاملون في التجارة الدولية سبيلاً الى العمل بقواعد أوجدتها الظروف والطابع المميز لكل نوع من أنواع النشاط التجاري عبر شروط متقابلة واعراف وعادات والعمل عليها من قبلهم بما يتلائم وحاجات العلاقات التجارية المشتملة على عنصر أجنبي[٢].

وبسب الظروف المتغيرة لهذه العلاقات وبتأثير لاينكر لهيئات وأجهزة تعمل على إيجاد قانون متميز يحكم مباشرة العلاقات وأجهزة تعمل على إيجاد قانون متميز يحكم مباشرة العلاقات ذات العنصر الأجنبي وإدراكا لمثالب المنهج التقليدي في تنازع القوانين، فقد ظهرت قواعد مادية تحكم مباشرة العلاقات الخاصة الدولية، إذ يعرفها بعض من الفقه[٣]، بانها (مجموعة المبادئ، والنظم والقواعد المستمدة من كل المصادر التي

---

(1) Kegel,the crisis of conflict of law,R.c.AD.I.1964,p.237

(٢) انظر أحمد مهدي صالح ، القواعد المادية في العقود الدولية ((دراسة مقارنة)) رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون في جامعة بغداد ،٢٠٠٤، ص٤.

(3) Goldman,Lalex mercatoria dans les contracts et lar bitvageg internationaux rea lite et perspectives,lunet,1979,p.487

تغذي باستمرار وتواصل تغذية البناء القانوني وسير جماعة العاملين في ميدان التجارة الدولية) والتي تجد مصدرها ليس فقط في نصوص الاتفاقيات الدولية التي تحكم مسائل متعددة من العقود ذات الطابع الدولي، وإنما في صورة قواعد أرساها القضاء في بعض الدول وتلقفتها تشريعات دول مختلفة، فصاغ منها تنظيما قانونيا معداً لحكم العلاقات ذات البعد الدولي يختلف عن مثيلة المعد لحكم العلاقات الوطنية.

ومن ناحية اخرى ، وصل التطور في مفهوم الاسناد حداً تفرق عنده حتى أولئك الذين نادو بأحادية الاسناد الى نظام قانوني وطني، فلم تعد قواعد الاسناد مقصورة على الاسناد الى نظام قانوني وطني، بل بات من الممكن اسناد العلاقة الى مجموعة من القواعد التي لاتنتمي لأي نظام قانوني وطني كالقواعد المكرسة في العقود النموذجية أو الشروط العامة التي تصدرها المؤسسات المهنية والتي يتفق فيها على تسوية ما يثار بشأنها من منازعات امام التحكيم الدولي(١).

وقد وجد القضاء في بعض الدول نفسه أمام إختيار صعب بين التمسك بالقانون الذي اشارت اليه قاعدة الاسناد وبين ترجيح القانون الذي صاغه التجار وتواصلوا على العمل به في علاقاتهم المتبادلة، فما كان من هذا القضاء الا الإقرار بهذا الواقع وتطبيق تلك القواعد التي تشكل في راي البعض من الفقه، نظاما قانونيا ثالثا يتوسط القانون الدولي والقانون الوطني يطلق عليه نظام القواعد العابرة للدول(٢).

ولمعرفة الدور الذي تلعبه هذه القواعد في تحديد القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان المقابل، ولتعدد مصادر هذه الأخيرة، ما بين مصادر داخلية ودولية متمثلة بالاتفاقيات الدولية ووجود قواعد عابره للحدود، لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين، سنبحث في الفرع الأول دور القواعد المادية الداخلية المنظمة لخطاب الضمان المقابل(تشريعياً وقضائياً)، فيما سنتناول في الثاني القواعد المادية المطبقة على خطاب الضمان المقابل (الاتفاقيات، المبادئ العابرة للدول) .

---

(١) سنتناول دور التحكيم التجاري الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان المقابل في المبحث الثاني من هذه الفصل. لذا سنستعيد التحكيم التجاري الدولي من مصدر القواعد المادية في هذا المطلب.

(2)Berger,Transnational commercial law in the,age of globali zation,centrodi studie ricerche di dritto comparator estraniero,42 SA GGI, con Feren Ze seminar Roma,2001,p.102

الفرع الأول

القواعد المادية الداخلية المنظمة لخطاب الضمان المقابل تشريعياً وقضائياً

ان تكريس القواعد المادية في النظام القانوني الوطني يتطلب الحذر من عدم إختراق هذه القواعد لحدود منهج أخر في العلاقات الخاصة الدولية يمتاز بطابعة الأقليمي ولكن مصدره وطني فقط المتمثل بالقواعد ذات التطبيق الضروري التي سبق وان تطرقنا اليها سالفأ، وتنحصر القواعد المادية ذات المصدر الوطني أو الداخلي في مصدرين، تشريعي وقضائي وخلافا لما هو معتاد في وظيفة المشرع بخلق القانون في العلاقات الداخلية، بينما تتمثل بتطبيق القانون بالنسبة للقاضي، واستنادا لما تقدم سنقسم هذا الفرع الى فقرتين نخصص الفقرة الاولى الى القواعد المادية التشريعية وسنبحث في الثانية القواعد المادية القضائية.

اولاً: القواعد المادية التشريعية

يذهب الفقه الغالب الى أختصاص المشرع الوطني في وضع القواعد المادية المتعلقة بالعلاقات الخاصة الدولية[١]، ومما لاشك فيه أن المشرع الوطني عند سنه لهذه القواعد، يستتجد بحاجات وغايات وطنية هدفها الأول تحقيق المصلحة العامة التي قد تتعارض مع مصالح دول اخرى[٢].

أما المجالات التي تعمل بها القواعد المادية التشريعية، فيرى الفقه الى أن معظمها يتركز في القواعد المنظمة لمركز الأجانب كقواعد الاقامة وقواعد الأستيراد والتصدير والمسائل المتعلقة بالعلاقات النقدية مع اجنبي وبالذات قوانين الاستشارة الاجنبي[٣].

ففي العراق قد تبنى المشرع العراقي سياسة الانفتاح الاقتصادي لتشجيع جذب رووس الأموال الأجنبية، فاصدر قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل ، وهومجموعة من الضمانات والحوافز الاستثمارية إذ صيغت هذه الضمانات على شكل قواعد مادية تطبق على علاقات الاستثمار الاجنبي[٤].

وفي مصر صدرت سلسلة من القوانين المنظمة للاستثمارات الأجنبية التي تضمنت مجموعه من القواعد المادية التي تنظم الحوافز والمزايا للمستثمر الأجنبي، مثل قاعدة الثبات التشريعي للقانون وقاعدة عدم

---

(1) David, The method of unification,Am.jon.comp.I.vol.16.1968.p.24_31

انظر في عرض الفقه الغالب وبقية الآراء

(٢) انظر د. هشام علي صادق، مصدر سابق ، ص٥٤١.

(٣) نقلا عن احمد مهدي صالح ، مصدر سابق ،ص ٧٢.

(٤) انظر على سبيل المثال المادة (١٢/ ثالثا) من هذا القانون والتي تنص على (عدم المصادرة أوتاميم المشروع الاستثماري المشمول باحكام هذا القانون كلا أو جزءا باستثناء مايصدر عقبه حكم قضائي بات)

تعرض المشروع الاستثماري للتأميم او المصادرة وعدم شمول المنتجات بالتسعير الرسمي، كان أخرها قانون الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ النافذ بشأن ضمانات وحوافز الاستثمار (١).

اما في فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية، فلازال القضاء يتبوأ المركز الريادي في إقرار القواعد المادية الوطنية، بينما يأتي التشريع في مركز ثانوي لان القضاء واكب على تطوير قواعد القانون الداخلي بطريقه كبيرة لكي تتناسب مع العلاقات الدولية(٢).

وفي نطاق خطاب الضمان المقابل، نعتقد أن هذا النوع من القواعد يمكن ان يكون له دور في استبعاد قاعدة التنازع خاصة حينما يتعلق الأمر بمستثمر أجنبي مع جهة عراقية طالبته بإصدار خطاب ضمان مقابل من المصرف الذي يتعامل معه الى مصرف عراقي، إذ ان هذا المستثمر قد يتعكز على المزايا والضمانات التي يوفرها له قانون الاستثمار كل مايتعلق بعلاقته مع الجهة العراقية.

ثانياً: القواعد المادية القضائية

من نافلة القول، ان بيان دور القضاء الوطني في الدول اللاتينية بخصوص العقود الدولية ومنها خطاب الضمان المقابل يكاد ينحصر بتطبيق القانون الذي تحدده قاعدة الاسناد الموجودة في قانونه، لذا تتحدد وظيفته بتطبيق القانون دون أن تتجاوز الى خلق قواعد قانونية جديدة ، ولكن التساؤل الذي يثار في هذا الصدد ما الحل إذ لم يجد القاضي مخرجاً في نص تشريعي او كان الحل الذي تشير اليه قاعدة الاسناد يتعارض مع النظام العام في قانونه الوطني؟

أن الحل الدارج من قبل الفقه الغالب هو إتجاه القاضي الى سد الثغرات ليس في التشريع وحده، بل في جميع مصادر القانون الوضعي بما في ذلك القضاء المستقر، رغم أن هذا الفقه يقرر أن إعتبار القضاء مصدرا للقانون، هو تكريس لأمر واقع أو هو مسألة علمية يتم التحقق منها بالمشاهدة والتجربة(٣) ونجد مع ذلك من التشريعات من يمنح القاضي سلطه وضع القانون عند الضرورة كما لو أنه قد باشر التشريع، وهذا هو ديدن المشرع العراقي في المادة (٢/١) من القانون المدني والمشرع المصري من قبل في المادة الأولى

---

(١) راجع في ذلك د. هشام علي صادق ود.حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول، الجنسيه ومركز الأجانب ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، ١٩٩٨_١٩٩٩ ص٣٣٩-٣٤٠.

(2) Deg,Gerand,Le Role De la regle de conflit dans le reglement des rapports international, jalloz,1973,p.95

(٣) انظر د.سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامه للقانون ،منشاة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص٤٩٨.

منه والمشرع الفرنسي في المادة الرابعة الذي تضمنت بان القاضي الذي يرفض الحكم تحت إدعاء سكوت أو غموض أو نقص التشريع يمكن أن يوجه اليه إتهام بانكار العدالة[١] .

واهم قاعده مادية قضائية هي قاعدة حرية إختيار عملة العقد الدولي أو ما يسمى بصحه شروط الدفع بالذهب بالعقود الدولية ، فلو تتبعنا القوانين محل المقارنة، ومن استعراض موقف القانون العراقي الخاص بالعملة العراقية نرى انه قانون العملة رقم (٤٤) لسنة ١٩٣١ الملغي كان يجيز الدفع بالذهب وهذا ما تضمنته المادة (٢) منه ، وهذا ما كرسه أيضا قانون عملة الجمهورية العراقية رقم (٩٢) لسنة ١٩٥٩ الملغي في المادة الثانية منه ، اما قانون المصارف العراقية النافذ سالف الذكر فقد حدد ذلك بالمادة (٣٢) منه[٢].

اما في مصر فقد مر القضاء هناك بخصوص شرط الدفع بالذهب في مرحلتين، ففي المرحلة الاولى كانت محاكم الاستئناف المختلطة قبل نفاذ القانون المدني المصري تسير على ماسار عليه القضاء الفرنسي، إذ تحرم شرط الذهب بالمعاملات الداخلية وتجيز بالتعامل الدولي، اما بعد نفاذ القانون المدني، فأن القضاء المصري استقر على بطلان شرط الدفع بالذهب استنادا الى المادة (١٣٤) من هذا القانون[٣]

اما في فرنسا فقد ظهرت هذه القاعدة بشكل جلي والهدف منها تأمين وحماية العلاقات الاقتصادية الدولية من مخاطر التعديل التشريعي لقيمه العملة التي يتم الدفع بموجبها ولهذه فان هذه القاعدة أوجدتها ضرورات التجارة الدولية وكرسها القضاء الفرنسي بشكل كبير في العديد من المنازعات ذات الطابع الدولي[٤].

---

[١] ان القاعدة القانونية لا ينشئها أحد الاحكام بالذات ، بل القضاء في مجموعه ، حتى لوعد أحد الاحكام كافيا لخلق قاعدة قانونية قضائية ، لمزيد من التفاصيل انظر د. إبراهيم شحاته ، اجتهاد القاضي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ،عدد٢، تصدر عن كلية الحقوق في جامعة عين الشمس ،١٩٦٢، ص٤١٨.

[٢] تنص المادة (٣٢) من قانون المصارف العراقي المعدل على أن (يجوز للبنك المركزي العراقي أن يصدر أنظمة يحدد بها الحد الاقصى للانكشافات بالعملات الاجنبية التي يجوز للمصارف أن تتحملها بالعملات الأجنبية عموما او بأي عملة او عملات محددة)

[٣] اذ نصت هذه المادة على انه (اذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود او لانخفاظها وقت الإيفاء أي اثر).

[٤] انظر قرار محكمة النقض الفرنسي، الصادر بتاريخ ، ١٩٥٠/٥/٢١ الذي أقر بالذهب بعقد دولي ابرمته شركه البريد البحريه الفرنسيه . أشار اليه Debg,op.citp.qq

وبخصوص الوضع في القانون الأمريكي ، وان كان شرط الدفع بالذهب معترفا به من قبل الحكومة الامريكية الا أنه من الناحية العملية فان استخدامها محدود جداً[١].

وعليه ومن كل ما تقدم لو اسقطنا هذه القاعدة بوصفها قاعدة مادية قضائية على خطاب الضمان المقابل، نلاحظ ان الحلول سوف تختلف من دولة الى اخرى حسب سياسة الدولة المتبعة من شرط الدفع بالذهب ، مما يؤدي الى حصول تفاوت بين مصرفين تابعين لدولتين مختلفتين، اذا كان احد المصارف يجيز هذا التعامل في حين يحرمه الاخر، ولم يحدد المتعاقدان بصوره صريحه او ضمنيه القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي قد تثار بشأن خطاب الضمان المقابل.

الفرع الثاني

القواعد المادية الدولية المطبقة على خطاب الضمان المقابل الاتفاقيات/ المبادئ العابرة

إن اعتبارات التعاون الدولي وتنشيط التجارة الدولية، اضافه الى عدم ملائمة القوانين الداخلية، دفع بالدول الى ابرام العديد من الاتفاقيات الدولية التي تتضمن في طياتها قواعد مادية ذات مصدر اتفاقي، كما أن هنالك مجموعه من القواعد غير الوطنية ظهرت في صورة عادات واعراف تجارية دولية تتضمنها العقود النموذجية تعد نوع من العقود المادية لذا صار لزاما علينا تقسيم هذا النوع الى فقرتين وكالآتي:

أولا: القواعد المادية الاتفاقية

ان الجهود المبذولة للمنظمات والهيئات الدولية من أجل تنظيم العلاقات الدولية وفقا لأسس موضوعية وليس تنازعية، أدى الى نشوء العديد من الاتفاقيات الدولية التي تتناول بالتنظيم مجموعه من العقود الدولية، بعضا من هذه الاتفاقيات يضع قواعد موضوعية تحل محل ما يقابلها من القواعد الوطنية الموجودة سالفا، والبعض الأخر من الاتفاقيات يشتمل على قواعد موضوعية تضاف الى قواعد وطنية موجودة سابقا ونوعا آخر من الاتفاقيات التي تحكم فقط المسائل ذات الطابع الدولي سواء كانت مرتبطة بنظام قانوني لدولة متعاهدة أم مرتبطة بنظام قانوني لدولة غير متعاهدة إذ يشير الفقه في هذا الشأن الى اتفاقية لاهاي للبيع الدولي الذي تنص المادة (٣/١) منه الى ((ان تطبيق القانون الحالي لا يعتمد على جنسية الأطراف))

---

[١] هل يجوز الدفع بالذهب بالقانون الأمريكي ، مقال منشور على الموقع الالكتروني
https://www.pm bex,com/articlelcan cold.coins_be used,as,currency

ولذا فقد وصفها البعض من الفقه(١) بالامبريالية القانونية لان أثرها يلغي أي تنازع للقوانين ويزيد من فاعلية الاتفاقية على مستوى توحيد القانون وتجعل من قواعد قانونا ماديا مفروضا أو ذا نطاق عالمي .

ولذا توجد العديد من الاتفاقيات الدولية التي تتضمن قواعد مادية تنظيم مسائل مهمه ذات طبيعة دولية، كالاتفاقيات المنظمة لعقود البيع الدولي للبضائع وما يتصل بها من عقود مهمه اخرى كالتأمين والنقل بانواعه المختلفة، وكذلك الاتفاقيات الدولية المنظمة للاستثمار والوكالة التجارية والأيجار التمويلي(٢).

وعن الدور الذي تؤديه هذه الاتفاقيات الدولية في مسائل خطاب الضمان المقابل، فلا يخفى عن القاري، لما لها من دور في الغاء التشريعات والخصوصيات الوطنية للمفاهيم القانونية اللهم الا اذا خالفت فكرة النظام العام في تلك الدول، كما انها تؤدي الى إشباع حاجات التجارة الدولية وقدرتها على خلق قواعد جديدة تساهم في تطوير خطاب الضمان المقابل.

ونظرا لتحديد نطاق دراستنا باتفاقتين لذا سنتطرق فقط اليها في الفقرة الثانية من الفرع.

ثانياً: القواعد المادية العابرة للدول

يذهب الفقه المقارن الحديث الى القول بأن العقود الدولية من الممكن أن تحكم بمجموعة من القواعد العرفية العابرة للدول والمبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة، تمتاز بالقدرة على تجاوز صعوبات منهج التنازع التقليدي من خلال إطار قانوني مرن(٣)، أختلف الفقه في تسميتها إذ أكثر المصطلحات شيوعا هو القانون التجاري العرفي والقانون التلقائي أو القانون المهني ورغم أختلاف التسمية لكنها تشترك جميعا في انها تعبر عن مجموعه من القواعد التي لاتصدر عن سلطة نظامية في دولة ما، لذا فهي قواعد مادية عابرة للدول(٤).

وبخصوص موقف القوانين محل المقارنة من هذه القواعد ، فيحسب لقانون التجاري المصري النافذ ماجاء بالفقرة الثانية من المادة (٣٥٥) التي أجازت اللجوء الى هذه العادات والأعراف الموجودة في القواعد المادية العابرة للحدود اذا لم يوجد نص مسائل خطاب الضمان المقابل(٥).

---

(1) Loussouarn,coursgeneral de droit international prive,R.c.D.I,1973,p.297.

(٢) راجع في شأن هذه الاتفاقيات احمد مهدي صالح ، مصدر سابق ،ص ٧٦_١٠٢

(٣) انظر د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق ، ص٦٩١.

(4)Berger,op.cit,p.102

(٥) تنص المادة (٢/٣٥٥) من القانون التجاري المصري النافذ على أن ((يسري فيما لم يرد بشأنه نص أوعراف في هذا الفرع ، القواعد والعادات السائدة في المعاملات بشأن خطاب الضمان))

كما أن القانون التجاري الموحد الأمريكي لسنة ١٩٥٢ المعدل قد عرف هذه القواعد إذ ينص القسم (١_٢٠٥) من هذا القانون على أن ((العادة التجارية هي أي ممارسة أو أسلوب في التعامل ينبغي مراعاتها بانتظام في مكان ما في مهنة أو تجارة لتبرير التوقع بمراعاتها في مجال التعامل المعني، ويتم إثبات وجود ونطاق تلك العادة كوقائع)) [١].

وابرز مثال للقواعد المادية العابرة للدول، ما نراه في نصوص الاتفاقيات محل المقارنة، ففي القواعد الموحدة التي أصدرتها غرفه تجارة باريس لخطاب الضمان سالفة الذكر، نرى انها قد حددت مجال انطباقها على كل خطاب ضمان تحت الطلب بموجب المادة (١) منها ثم حددت مجموعه من التعريفات في المادة التالية منها ماجاء بالمادة (٢/ج) فيما يخص خطاب الضمان المقابل والتي سبق التطرق الى تعريفه في مواضع سابقه من الدراسة ، ثم حددت المادة الثالثة نوع العلاقات التي تظهر في العلاقات الناشئة عن الضمان بصورة عامه وخطاب الضمان المقابل بصورة خاصه، واستمرت الاتفاقية في تحديد الحقوق والالتزامات المترتبة على خطاب الضمان والضمان المقابل الى ان خلصت في المادة (٢٧) منها الى تحديد القوانين التي تحكم الضمان والضمان المقابل والمتمثل بقانون البلد الذي فيه مقر عمل الضامن أو الطرف المصدر للتعليمات وأذا كان الضامن اكثر من مكان يكون القانون هو قانون البلد الذي يقع فيه الفرع الذي أصدر الضمان المقابل وهذا ماجاء بالمادة (٢٨) عندما حددت المحكمة المختصة بالنزاع بمكان المحكمة الموجود بها محل عمل الضامن أما فيما يتعلق باتفاقية اليونسترال سالفة الذكر نجد انها حصرت انطباق الاتفاقية بالطابع الدولي يحدد هذا الأخير على أساس ان مكاني عمل أي الأشخاص محل التعاقد في المادة الرابعة بها فتنطبق الاتفاقية على التعهدات الدولية باحدى الطريقتين التالتين، فالطريقة الأولى ترتبط بوجود مكان المصدر في دولة طرف في الأتفاقية (دولة متعاقدة) حسب ماجاء بالمادة (١/ أ) في حين الطريقة الثانية تنطبق فيها الاتفاقية في حالة قواعد القانون الدولي الخاص تؤدي الى تطبيق قانون دولة متعاقدة بموجب المادة (١/ب) كما ان هذه الاتفاقية في هذا الشأن تزيد من التناسق في القانون من حيث أن الفصل السادس منها والمتعلق بتنازع القوانين بالمواد (٢١) و(٢٢) يوفر القواعد التي ينبغي أن تتبعها محاكم الدول المتعاقدة في تحديد القانون الواجب التطبيق في أي مسألة معينة على خطاب الضمان المقابل وتنطبق تلك القواعد سواء تبين أم لم تبين من قضية معينة.

---

[١] في نصوص هذا القانون راجع الرابط الاكتروني الأتي
https://www.investopedia.com

ومن كل ما تقدم نرى ان دور القواعد العابرة للحدود يظهر بصورة جلية بالأتفاقيتين أعلاه، مما تتيح تطبيق القواعد المادية على مسائل خطاب الضمان المقابل من حيث تحديد القانون المنطبق.

المبحث الثاني

دور التحكيم في حسم تنازع الاختصاص التشريعي لخطاب الضمان المقابل

إذا كانت خطابات الضمان بصورة عامة والضمان المقابل بصورة خاصة تتشابه مع التحكيم التجاري الدولي بوصفها نتاجا للمعاملات التجارية الدولية ، فان أوجه التشابه بينهما لاتقف عند هذا الحد، إذ يتفق التحكيم مع خطاب الضمان المقابل، في أن كل منهما يجد مصدره في إرادة الاطراف(١)، التي افرزت كليهما مستندة في ذلك الى مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية(٢).

ولاتقتصر أوجه الشبه القائمة بين إتفاق التحكيم والضمان المقابل عند هذا الحد، بل أن الاثنين تجمعهما صفة اخرى مشتركة وهي فكرة الاستقلالية(٣) إذ انه من الأمور المتفق عليها بخصوص إتفاق التحكيم الذي يتخذ صورة شرط التحكيم مدرج في العقد الأصلي ان هذا الشرط يتمتع باستقلالية تامة عن هذا العقد ، فاتفاق التحكيم المدرج في صلب العقد الأصلي ليست مجرد شرط بل هو عبارة عن عقد اخر من طبيعة مختلفة، فهو عقد ثاني وان كان مندمجا من الناحية المادية في العقد الأصلي فالاتفاق على التحكيم هو مجرد عقد يرد على الإجراءات ولا يهدف الى تحديد حقوق والتزامات الاطراف(٤).

لذا فان العلاقة بين التحكيم والضمان المقابل تثير العديد من المسائل المهمة على المستوى النظري والعملي، لذا سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين، سنخصص الأول منه الى نطاق شرط التحكيم في منازعات

---

(١) انظر د. حفيظة السيد الحداد ، الطعن بالبطلان على احكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصه الدولية ،ط١ ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ،١٩٩٧ ، ص٣٢.

(2)Michel pelichet,Garanties,Independantes,Rep.D international,1993, P.3

(٣) انظر د. رضا السيد عبد الحميد ، التحكيم في الكفالة المصرفية وخطابات الضمانات ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٨٨، ص١١٢.

(٤) انظر د. حفيظة السيد الحداد، شرط التحكيم والضمانات البنكية بحث منشور في إعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية المعنون بالجديد في اعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، منشورات الحلبي الحقوقية ، بدون سنة نشر ، ص ٤٢٣.

خطاب الضمان المقابل، بينما سنتطرق في المطلب الثاني الى حدود الاحتجاج بالتحكيم ضد المصرف الضامن.

المطلب الأول

نطاق شرط التحكيم في منازعات خطاب الضمان المقابل

أن العقد المبرم بين العميل الآمر والمستفيد قد يشتمل من الناحية العملية على شرط التحكيم ، وهنا يثار التساؤل الاتي: هل يستطيع العميل الآمر ان يتمسك بشرط التحكيم في مواجهه المصرف للحيلولة بينه وبين الوفاء بقيمة الضمان الى المستفيد؟ وهل يمكن للمصرف الذي ليس طرفا في العقد المدرج فيه شرط التحكيم، أن يحتج بهذا الشرط في مواجهه المستفيد ويجعله ذريعة لعدم الوفاء بقيمة خطاب الضمان ؟ يتجه الفقه والقضاء[١]. الى عدم جواز التمسك بشرط التحكيم المدرج في عقد الأساس في مواجهه المستفيد ، سواء من قبل العميل الآمر للحيلولة بينه وبين الحصول على قيمة خطاب الضمان أومن قبل المصرف كوسيلة لعدم الوفاء بقيمة الضمان وبالرغم من الأجماع المنعقد فقها وقضاءً في هذا الشأن فان هنالك إختلاف حول الأساس القانوني لمبدأ عدم الاحتجاج بشرط التحكيم وللاحاطة بذلك سنقسم هذا المطلب الى فرعين سنتناول في الأول استقلالية خطاب الضمان المقابل عن عقد الأساس واثرها على شرط التحكيم في حين نبحث في الفرع الثاني الأساس القانوني لعدم الاحتجاج بشرط التحكيم .

الفرع الأول

استقلالية خطاب الضمان المقابل عن عقد الأساس واثرها على شرط التحكيم

يتميز خطاب الضمان بصورة عامة، بان التزام المصرف المصدر لخطاب الضمان التزام مجرد ومستقل عن أي علاقة سابقة، سواء كانت علاقة العميل الآمر بالمستفيد، او علاقة العميل الآمر نفسه بالمصرف الذي صدر عنه التعهد بالضمان، او حتى العلاقة بين المصرف الضامن بالمصرف المباشر الموجود في دولة المستفيد ، كما إنها أي خطابات الضمان بصورة عامة تتضمن التزاما مباشرا وليس التزاما تابعاً، إذ يتحمل بها المصرف مباشرة في مواجهه المستفيد، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لا للمصرف ولا للعميل

---

(١) لمزيد من التفاصيل حول الأراء الفقهية والاجتهادات القضائية انظر د. رضا السيد عبد الحميد ، مصدر سابق ، ص١٢٣ ومابعدها، و د. حفيظة السيد الحداد ، الطعن بالبطلان .... مصدر سابق ، ٣٤

الآمر والمستفيد، التمسك بدفوع مستمدة من العلاقة القائمة بين العميل الآمر والمستفيد أو القائمة بين المصرف والعميل الآمر[١].

واخذاً بنظر الأعتبار هذا الأمر المتمثل باستقلالية التزام المصرف ، سواء كان المصرف الضامن أو المصرف المباشر عن عقد الأساس، ذهبت بعض احكام القضاء وفقا لهذا المبدأ الى القول بعدم الأحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس في مواجهه المستفيد بخصوص المطالبة بقيمة الضمان، ويعد حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٩٨٢/١٢/٢٠ في قضية Creusot _Loire أفضل تعبير عن هذا الأتجاه ، إذ قضت المحكمة العليا في فرنسا بالأتي

((لما كان التزام المصرف في مواجهه المشروع هو التزام بالدفع بمجرد الطلب ومستقل عن عقد الأساس ومحكوما بالشروط المدرجة في خطاب الضمان وحدها ، فأن محكمة الاستئناف لاتترتب عليها ، عندما قضت دون أن تخالف أو تفسخ هذه الشروط، أن شرط التحكيم الوارد في عقد الأساس حتى اذا تم الأدعاء بطلان هذا الأخير، لاتاثير له على إعمال خطاب الضمان)) [٢].

ويتعلق الحكم أعلاه الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بالمنازعة الأتية: بتاريخ ١٩٧٥/١٠/١٢ أبرمت شركة Creusot_Loire والمكلفة بتشييد مصنع للصلب في العراق، عقداً من الباطن مع شركة اخرى تدعى شركة Siegfried والتي أوكلت اليها القيام ببعض الأعمال المتصلة بعقد التشييد المشار اليه.

وفي ١٢/٨/ ١٩٧٦ ، تم تعديل العقد من الباطن بملحق اطلق عليه البرتوكول رقم ٧ ، وفي نفس اليوم سلم مصرف باريس وهولندا Paribas الى شركة Greusot_loire خطاب ضمان يقضي بموجب بأن يدفع بمجرد الطلب كل المبالغ التي سوف تقوم هذه الشركة بالمطالبة بها استنادا الى شروط ونصوص العقد المعدل بموجب البروتكول المشار اليه ، وذلك في حدود المبلغ ٧٥٠،٠٠٠ وفي ذات اليوم قامت شركة Creusot_loire مستندة في ذلك الى البرتوكول رقم٧ والى التعهد الصادر عن مصرف Paribas ، والى الأخلال من قبل شركة Siegfried بالالتزامات الملقية على عاتقها ، بمطالبة المصرف المذكور بتسييل خطاب الضمان والحصول علئ قيمته.

---

[١] انظر د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ،ص ٢٢_٢٣.

[2]C.Cass(ch.com),20 decembre, 1982,Ker.arb.1984,Note Bertand Moreau.

نقلاً عن د. حفيظه السيد الحداد ، شرط التحكيم والضمانات البنكية المستقلة ، مصدر سابق ص٤٢٥.

ولما كان مصرف باريس وهولندا قد تحصل على ضمان من آخرين لضمان تعهدة الصادر لصالح شركةCreusot_loire فأنه قام بمقاضاتهم ومقاضاه شركه Siegfried أيضا في الدعوى المقامة ضد شركة Crensot_loire ولقد اشارت Siegfried عند طعنها بالنقض على الحكم الصادر ضدها لصالح شركة Greusot_Loir ، بالزام مصرف فرنسا وهولندا بدفع قيمة الضمان الى هذه الشركة: وبالزام الضامنين الأَخرين للمصرف وكذلك شركة Sifg ried، بدفع المبالغ المحكوم بها على المصرف الصالح شركهGreusot_Loire، بان الحكم المطعون قضى بأن شرط التحكيم المدرج في عقد المقاولة من الباطن، لاصلة له بالالتزامات الواقعة على مصرف باريس هولندا في مواجهه الشركة Greusot_Loire، في حين أن العلاقة الوثيقة بين كل من عقد الأساس وخطاب الضمان تكشف عن إرادة المصرف الموقع على هذا الخطاب في الخضوع لشرط التحكيم[١] .

وإستنادا الى هذا التوجه من أوجه الطعن، أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكمها أعلاه ، والذي انتهت فيه عدم جواز الاحتجاج بشرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي المبرم بين العميل الأمر والمستفيد في مواجهة المصرف وذلك بسبب استقلالية التزام المصرف في مواجهة المستفيد.

وترى الباحثة أن إعتماد مبدأ إستقلال شرط التحكيم يعطي للمحكم الحق في النظر في المنازعات المتعلقة ببطلان العقد الأصلي لأنه يستمد سلطته منه بمعنى أخر أن إرادة الأطراف في التحكيم مستقلة عن العقد الذي يحتويه اما إذا تم ربط شرط التحكيم بالعقد موضوع النزاع والمتمثل بدراستنا بخطاب الضمان المقابل، أي تبعية شرط التحكيم للعقد الأصلي، لوجب حرمان المحكم من النظر في البطلان لأنه لايستطيع أن يفصل في العقد محل البطلان وهو مصدر سلطته، فالادعاء بأبطال العقد المشتمل على شرط التحكيم لا يمتد الى إبطال إرادة الأطراف بفض النزاع المتعلق بالعقد عن طريق التحكيم وبالتالي نحن امام عقدين منفصلين ولو ذكرا في وثيقة واحدة.

---

[١] نقلاً عن د. حفيظة السيد الحداد ، شرط التحكيم والضمانات البنكية المستقلة ، مصدر سابق ص٤٢٦_٤٢٧.

الفرع الثاني

الأساس القانوني لعدم الاحتجاج بشرط التحكيم في المنازعات الخاصة بالمطالبة بقيمة الضمان

يرى البعض من الفقه[١]، الى أن الأساس القانوني لعدم الاحتجاج بشرط التحكيم في المسائل المتعلقة بالحصول على قيمة الضمان يجد أساسه في شرط التحكيم ذاته بوصفه إتفاق تحكمه القاعدة العامة التي تسري على جميع العقود المعروفة بقاعدة نسبية أثار العقد ، فالعقد كأصل عام ، لا يرتب حقوقاً ولا يصنع التزامات الا على أطرافه، ولما كان شرط التحكيم في طبيعته عقد فانه لا يرتب آثاراً الا بالنسبة لأطراف عقد الأساس المدرج في هذا الشرط وهما العميل الآمر والمستفيد، بخصوص مطالبة المستفيد (رب العمل او المستورد) بقيمة الخطاب، فانه لا يجوز للعميل الآمر (المقاول او المورد) التمسك بشرط التحكيم لعرض هذا النزاع على هيئة التحكيم ،لأن هذا النزاع نشأ عن علاقة أخرى لم تشتمل شرط التحكيم ، اضافه الى ذلك فأنه لا يجوز للعميل الآمر التمسك بهذا الشرط في مواجهه المصرف لانه لم يكن طرفا في عقد الأساس المدرج بهذا الشرط .

ومصداقا لما تقدم قضت محكمة استئناف باريس بتاريخ ١٩٨٧/١٢/١٤ بأنه لايجوز للعميل الآمر التمسك بشرط التحكيم المنصوص عليه في أحد الشروط الواردة بعقود الأساس والخاصة باخضاع المنازعات الناشئة عن دفع قيمة الضمان والضمان المقابل للتحكيم إذ أن الالتزامات الواقعة على المصرف الضامن المقابل تجاه المصرف الضامن، تقع على عاتق ألاول بصفة شخصية وأصيلة، وكل من هذين المصرفين يعد غريبا عن عقد الأساس، ومن ثمه لا يجوز أن نعدها أطرافا في شرط التحكيم، وبهذه لايكون لهذا الشرط أي أثر على وضع الضمانات المصرفية موضع التنفيذ[٢].

وتجدر الأشارة الى أن عدم جواز الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس المبرم بين المستفيد والعميل الآمر لا يقدح في إمكانية لجوء المصرفين في خطاب الضمان المقابل (المصرف الضامن والمصرف المباشر) الى التحكيم لتسوية المنازعات التي تثار بشأن قيمة الضمان المقابل ،إذ يمكن لكليهما

---

[١] انظر في الفقه المؤيد لذلك د. رضا السيد عبد الحميد ، مصدر سابق ، ص٨٢_٨٣.

[2]Cappel Paris(I er ch . suppl). 14 decembres, 1987 ,Rev.arb 1989 P.240 note Michel vassear.

نقلا عن د. حفيظة السيد الحداد ، شرط التحكيم والضمانات البنكية المستقلة ، مصدر سابق ص٤٣.

الأتفاق باللجوء الى القواعد الأجرائية التي يتم العمل بها في منظمة أو مركز تحكيمي داخل دولة احد هذه المصارف أو خارجها، إذ يتم تطبيق هذه القواعد الأخيرة في حالة عدم إتفاق على قواعد إجرائية في الأصل او في حالة عدم تغطية القواعد المتفق عليها لمسألة او اخرى من المسائل الأجرائية[١].

كما أن الحرية التي منحتها الاتفاقيات الدولية والتشريعات للأطراف (المصرف الضامن والمصرف المباشر) في اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات التحكيمية قد تصطدم في أن صياغة المصرفين للإجراءات ليست محكمة بالمعنى الفني الدقيق الذي يغلق جميع الثغرات والإجراءات المطلوبة في خصومه التحكيم والسبب في ذلك عدم خبرة المصرفين أعلاه في صياغة الأحكام القانونية لإجراءات النزاع لذلك ساد الواقع العملي بأن يتفق الأطراف على المبادئ العامة التي تحكم إجراءات التحكيم مثل تشكيل هيئة التحكيم ومحل إنفاذها والتاريخ الذي يصدر فيه الحكم واللغة اما باقي إجراءات التحكيم فتكون استناداً الى قانون وطني معين يتم اختياره بصورة صريحه او ضمنية[٢].

اما بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فقد سبق وان تطرقنا اليه، إذ أن المشرع العراقي أورد نصا عاما في المادة (٢٥) من القانون المدني سالفة الذكر التي اطلقت العنان لارادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، في حين انه لم يورد نصا خاصا يمكن الارتكان اليه ضمن المواد التي تناولت التحكيم في قانون المرافعات[٣].

اما عن الوضع في القانون المصري، فقد أورد المشرع المصري نصأ صريحا في قانون التحكيم بمقتضى المادة (١/٣٩) منه[٤].

وهذا ماسار عليه قانون التحكيم الفرنسي الصادر بموجب المرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ [٥]، وقانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي لسنة ١٩٢٥ المعدل

---

[١] انظر د. خالد محمد القاضي ، موسوعة التحكيم التجاري الدولي ،ط١، دار الشروق ٢٠٠٢ص٢٥١.

[٢] د. احمد عبد البديع الشتا ، شرح قانون التحكيم ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٠، ص ٢٨٩.

[٣] انظر نصوص مواد التحكيم من ٢٥ الى ٢٧٦ في قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

[٤] تنص المادة (١/٣٩) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ النافذ على ان تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان واذا أتفقوا على تطبيق قانون دولة معينه اتبعت القواعد الموضوعية دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين مالم يتفق على غير ذلك.

[٥] نقلاً عن د. علي عبد الحميد ، التطورات الجديدة لنظام التحكيم في القانون الفرنسي ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد المصرية ، العدد ٩٠ ،٢٠٢٥ ، ص٤٩٢.

المطلب الثاني

حدود الاحتجاج بشرط التحكيم ضد المصرف في خطاب الضمان المقابل

يعد شرط التحكيم بوصفة أحد صور الأتفاق على التحكيم، عقداً حاله في ذلك حال أي عقد، يخضع لمبدأ نسبية آثار العقد من حيث الأطراف ومن حيث المضمون، فكما لا يمكن للعقد أن يلزم غير اطرافه، فأن إتفاق التحكيم أيضا لا يمكن الأحتجاج به على من لم يكن طرفا فيه ولا يمكن أيضا للغير أن يتمسك به في مواجهه من هم أطراف فيه وهو ما يمكن أن يطلق عليه مبدأ نسبية أثار إتفاق التحكيم من الاطراف[١]. والقاعدة العامة التي تحكم آثار إتفاق التحكيم من حيث الأشخاص هي عدم سريان أثاره على الغير الذي لم يوقع عليه الا إذا كانت هنالك دلائل تشير الى إعتبار هذا الغير بمثابة طرفا في هذا الاتفاق ، وإذا كانت هذه هي المبادئ العامة المستقرة حاليا بخوص إتفاق التحكيم بشكل عام ، فان اعمالها على مبدأ عدم الاحتجاج بشرط التحكيم ضد المصرف الضامن يتطلب التفرقة

بين اتجاهين : الأول وهو ما يطلق عليه الطابع المطلق لمبدأ عدم جواز الاحتجاج بشرط التحكيم وهذا ماسنبحثه في الفرع الأول من هذا المطلب اما الثاني فهو ما يمكن أن نطلق عليه بالطابع النسبي لمبدأ عدم جواز الاحتجاج بشرط التحكيم .

الفرع الأول

الطابع المطلق لمبدأ جواز الأحتجاج بشرط التحكيم تجاه المصرف الضامن

يقصد بهذا المبدأ عدم إمكانية التمسك بهذا الشرط بغض النظر عن طبيعة المنازعة ، سواء كانت منازعة موضوعية قائمه بين المستفيد (رب العمل أو المشتري) والعميل الامر (المقاول أو البائع) ناجمة من عقد الأساس أو حتى لو تعلق الآمر بمجرد إتخاذ إجراء وقتي وتحفظي، كطلب العميل الامر عدم تسييل قيمة خطاب الضمان أو الحجز عليه أو تجميده لدى المصرف الضامن ، ويستوي في هذا الصدد أيضا أن يكون هذا الأجراء التحفظي المطلوب إتخاذه، موجهاً الى هيئه التحكيم ذاتها أو ملتمس إعماله من القاضي

---

[١] انظر د. مصطفى بونجه ود. نهال اللواج، التحكيم في المواد التجارية والإدارية والمدنية ،ط١، مطبعة الرباط ، بدون سنة طبع ، ص٢٢٣.

الوطني المختص في القانون الداخلي ، إذ لا تختص هيئة التحكيم في الأمر باتخاذ هذا الأجراء التحفظي وذلك لان خطاب الهيئة بخصوص الإجراءات الواقتية عامة يوجه الى اطراف خصومه التحكيم وبما ان الامر بالتجميد يجب أن يوجه الى المصرف الذي ليس طرفا في هذه الخصومة، فلا يجوز لهيئة التحكيم توجيه الأمر بالتجميد اليه[١].

والتساؤل الذي يثار في هذا الشأن، ماذا لوكان المستفيد هو الذي طلب من القضاء الوطني إصدار امره بالتحفظ على قيمة خطاب الضمان وعدم تسييله؟

في حقيقة الامر أن هنالك مساحة من الأختصاص معترف بها ومقررة للقضاء الوطني في إتخاذ العديد من الإجراءات بالرغم من وجود إتفاق بين الأطراف على التحكيم فبالنسبة للقانون العراقي وبالرغم من عدم النص على ذلك في المواد الخاصة بالتحكيم في قانون المرافعات النافذ الا ان مشروع قانون التحكيم لسنة ٢٠١١ في المادة (٧) بفقرتها الأولى والثانية نص على ذلك اذ جاء بالفقرة الاولى منه، لايعد مخالفا لاتفاق التحكيم طلب من أحد أطراف التحكيم من المحكمة المختصة إتخاذ تدابير مؤقته أو تحفظية سواء قبل البدء باجراءات التحكيم او اثناء السير فيها وفقا لاحكام قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ في حين أن الفقرة الثانية من المادة أعلاه اجازت لهيئة التحكيم بناء على طلب احد الخصوم إتخاذ أي تدبير مؤقت يتعلق بموضوع النزاع[٢].

اما في القانون المصري فتجد أن المادة (١٤) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ النافذ نصت على أنه، يجوز للمحكمة المشار اليها في المادة التاسعة من هذا القانون أن تأمر بناءأ على طلب احد طرفي التحكيم باتخاذ تدابير مؤقته او تحفظية سواء قبل البدء باجراءات التحكيم أو اثناء سيرها في حين تنص المادة التاسعة المحال اليها من المادة الرابعة عشر على ان الاختصاص في مسائل التحكيم التي يحيل اليها هذا القانون الى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع إذا كان التحكيم داخليا ، اما اذا التحكيم تجاريا دوليا، سواء جرى في مصر أو في الخارج فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ، مالم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرئ في مصر.

---

(١) انظر د. رضا السيد عبد الحميد، مصدر سابق، ص ٨٧.

(٢) بخصوص مشروع قانون التحكيم العراقي لسنة ٢٠١١ ، قرر مجلس الوزراء بجلسته المنعقدة بتاريخ ٢٠٢٤/٢/٢٠ الموافقة على هذا المشروع الذي وقعهُ مجلس الدولة واحالته الى مجلس النواب استنادا الى احكام المادتين (٦١/ البند الأول و ٨٠/ البند الثاني من الدستور.

وفي ضوء النصوص أعلاه، هل تختص المحاكم العراقية والمصرية باتخاذ إجراء تجميد قيمة خطاب الضمان، بإصدار أمر للمصرف الضامن؟

اتجهت محكمة النقض المصرية الى عدم إختصاص المحكمة المنصوص عليها في المادة (٩) من قانون التحكيم المصري النافذ، بإصدار الامر بتجميد قيمة خطاب الضمان، إذ قضت بانه، المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الأوامر على العرائض وعلى ما يبين من نصوص الباب العاشر في الكتاب الأول لقانون المرافعات، هي الأوامر التي يصدرها قضاة الأمور الوقتية بما لهم من سلطة ولائية وذلك بناءً على الطلبات المقدمة اليهم من ذوي الشأن على العرائض وهي على خلاف القاعدة في الاحكام القضائية التي تصدر في غية الخصوم ودون تسبب باجراء وقتي وتحفظي في الحالات التي تقتضي السرعة أو المباغتة، لما كان ذلك وكان الأصل أن القاضي لا يباشر عملا ولائياً الا في الأحوال التي وردت في التشريع على سبيل الحصر وتماشيا مع هذا الأصل وحرصا من المشرع على عدم الخروج بهذه السلطة الوقتية الى غير ما يستهدف منها قضى في المادة١٩٤ من قانون المرافعات بعد تعديلها بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ بتقييد سلطة القاضي في إصدار الأمر على عريضة بحيث لا يكون له، وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الأيضاحية ان يصدر هذا الأمر في غير الحالات التي يرد فيها نص خاص يجيز له إصداره، واذا كان لايوجد نص في القانون يجيز إنتهاج طريق الأوامر على عرائض لوقف تسييل خطابات الضمان فان الحكم المطعون فيه إذا قضى بتأييد الأمر على عريضة الصادر بوقف لتسييل خطاب الضمان محل النزاع لصالح الجهه المستفيدة (الطاعنة) وبايداع قيمتها امانة لدى المصرف المطعون ضده الثاني يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه دون حاجه لبحث باقي أوجه الطعن ولاينال في ذلك الأعتصام بما نصت عليه المادة١٤ من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادرة بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ من انه يجوز للمحكمة المشار اليها في المادة٩ منه بناءأ على طلب احد طرفي التحكيم أن تأخذ تدابير مؤقتته أوتحفظية سواء قبل البدء باجراءات التحكيم أو اثناء سيرها. إذ ان سلطة المحكمة في هذا الشأن مرهون إعمالها بوجود نص قانوني يجيز للخصم الحق في اصدار أمر على عريضه فيما قد يقتضيه النزاع موضوع التحكيم من إتخاذ أي من هذه التدابير وذلك إعمالها للاصل العلم في طريق الأوامر على العرائض الواردة في المادة ١٩٤ من قانون المرافعات بحسبانه إستثناء لايجري الا في نطاق دون ماتوسع في التفسير، واذا لم يرد في

القانون ماسلف القول نص خاص يبيح وقف تسييل خطاب الضمان عن طريق الأمر على عريضة فانه لايجدي الحكم المطعون فيه الركون الى المادة ١٤ من قانون التحكيم المشار اليه سنداً لقضائه[١].

ويستشف من الحكم أعلاه ان محكمه النقض ترفض الاعتراف بما جاء بالمادة٩ التي تنص باتخاذ الإجراءات التحفظية الخاصة بتجميد قيمة خطاب الضمان، الا ان هذا الحكم والذي يدعم الاتجاه نحو الطابع المطلق لعدم جواز الاحتجاج بشرط التحكيم ضد المصرف الضامن، لم يشير صراحه الى هذا المبدأ، إذ ركز هذا الحكم بشكل مباشر على الشق الأول من الطعون المثارة أمام محكمة النقض والمتعلقة بانعقاد الاختصاص للمحكمة المشار اليها في المادة (٩) باتخاذ هذا الاجراء الوقتي التحفظي، وانتهى الى أن هذه المحكمة والتي لها الحق في إتخاذ تدابير مؤقته أو تحفظية، تتقيد بما ورد في المادة١٩٤ من قانون المرافعات بعد تعديلها وحصرها سجالات إتخاذ تدابير مؤقته أو تحفظية بناءأ على أمر على عريضة بشأن ما ورد فيه نص في القانون، ولما كان ليس من بين هذه الحالات حاله وقف تسييل خطاب الضمان فان المحكمة المشار اليها في المادة(٩) لاتملك اصدار مثل هذا الأمر التحفظي بتجميد قيمته خطاب الضمان[٢].

ومن وجهة نظرنا المتواضعة أن الحل المتقدم يمكن الركون اليه بالقانون العراقي استناداً الى نص المادة (٧) من مشروع قانون التحكيم العراقي إذ رأى بفقرتيها الاولى والثانية، إذ انها أي المادة (٧) حددت بشكل مباشر مفهوم الاجراء الوقتي أو التحفظي، إذ أن المقصود من هذا الأجراء الأخير ذلك الاجراء المطلوب إتخاذه من أحد طرفي التحكيم في مواجهه الطرف الاخر في التحكيم إعمالا لنسبية أثار شرط التحكيم، وبالتالي إذا كان الأجراء الملتمس إتخاذه من أحد طرفي التحكيم يتعلق بالغير ، فان المحكمة المشار اليها في المادة (٩) من قانون التحكيم المصري لا تختص به والا انتهى الأمر بهذه المحكمة الى إتخاذ إجراءات حتى وان كان لها طابع تحفظي في مواجهه الغير وهو مالم يقبل به احد.

---

(١) حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ١٩٩٦/١٢/١٢ اشارت اليه د. حفيظه السيد الحداد ، شرط التحكيم والضمانات البنكية المستقلة ، مصدر سابق، ص ٤٣٥_٤٣٦.

(٢) نقلاً عن د. حفيظه السيد الحداد ، المصدر نفسه، ص ٤٣٧. ولمزيد من التفاصيل عن التدابير الوقتيه والتحفظية في القانون الفرنسي والامريكي راجع د. أبو العلا علي النمر، النظام القانوني للتدابير الوقتية والتحفظية في مجال التحكيم، ط١، مطبعة الشرق الأوسط، القاهرة ٢٠٢٠ ، ص١٠٦ وما بعدها.

الفرع الثاني

الطابع النسبي لمبدأ عدم جواز الأحتجاج بشرط التحكيم ضد المصرف الضامن

يقصد بهذه الفكرة أن العميل الأمر (المقاول أو البائع أو المورد) يستطيع أن يحتج بشرط التحكيم بمواجهه المصرف الضامن بالرغم من أن هذا الأخير ليس طرفا في عقد الأساس، في فرض محدد عندما يطلب من المحكمة أن تصدر أمرها بتجميد قيمة خطاب الضمان الصادر من المصرف لصالح المستفيد، والعميل الأمر له الحق في هذا الطلب سواء قبل الشروع في إجراءات التحكيم او بعدها[١].

وقد لقي هذا الأتجاه صدى له في مصر في حكم عندما حكمت محكمة استئناف القاهرة لصالح أحد طرفي شرط التحكيم، ولم يكن التحكيم قد بدأ بعد يوضع قيمته خطابي الضمان امانة لدى المصرف (المصرف المصري البريطاني) المصدر لخطاب الضمان الى حين الفصل في النزاع بين الشركتين بواسطة هيئة التحكيم، إذ رفضت محكمة الاستئناف التظلم معلقة على ذلك بما يلي ،،حيث أن النعي عن الأمر المتظلم منه لصدوره من قاضي غير مختص باصداره وفقا للمواد ١٩٤،٢٧ مرافعات و١٤،٩ من قانون التحكيم المصري النافذ، فانه لما كان من المقرر قانوناً ان الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها القانون الأخير الى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع إذا كان التحكيم داخليا ، أما إذا كان التحكيم تجاريا دوليا سواء جرئ في مصر أو في الخارج فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف اخرى في مصر، ويجوز للمحكمة سالفة الذكر أن تامر بناءأ على طلب أحد طرفي التحكيم إتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها، واذا كان ذلك وكان المشرع في القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ نص صراحه على اختصاص محكمة استئناف القاهرة بإصدار أمر باتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية ومن ثم يكون النعي على الأمر المتظلم فيه لصدوره من غير مختص في غير محله، وحيث انه عند النعي على الامر المتظلم منه بعدم أختصاص القاضي الأمر باصدارة، لان موضوع الأمر متعلق بخطابي ضمان مستقليين عن عقد المقاولة المدعي بخضوعه للتحكيم، ولما كان من المقرر قانونا ان خطاب الضمان وان صدر تنفيذا للعقد المبرم من المصرف والمدين المتعامل معه، الا ان علاقة المصرف بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقه منفصلة عن علاقة العميل إذ يلزم المصرف بموجب خطاب الضمان وبمجرد إصداره ووصوله الى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالب به الأخير، بوصفه

---

(١) انظر د. حفيظه السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ١٩٩٦، ص٣٢.

حقا له بمقتضى خطاب الضمان مادام هو في حدود التزام المصرف المبين له، ويكون على المدين عميل المصرف أن يبدأ يشكوى الى القضاء إذا قدر أنه غير مدين للمستفيد وأن مديونيته لاتبرر ماحصل عليه المستفيد من المصرف، واذا كان النزاع المعروض على المحكمة لا يتعلق بنزاع موضوعي بشأن خطابي الضمان أو شروطه بل هو نزاع تتعلق باتخاذ اجراء وقتي تحفظي مما يدخل في اختصاص المحكمة وبالتالي يكون النعي في غير محلة، وحيث انه عن النص على الأمر المتظلم منه بعدم وجود اتفاق تحكيم بين المصرف والعميل والمستفيد، فهذا النعي في غير محلة ذلك

أن موضوع التظلم هو إتخاذ إجراء وقتي تحفظي ضد الشركة المتظلمة ولا علاقة للمصرف في هذا الأمر ولا مصلحة للمتظلمة في التمسك به نيابه عن المصرف[١].

ونعتقد أن الحكم أعلاه يعتريه العديد من المثالب لذلك فهو غير جدير بالتأيد بالقانون العراقي، فضلاً عن انه يخالف ما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية المشار اليه سابقا ، فمن ناحية ماذهبت اليه محكمة استئناف القاهرة من انعقاد الأختصاص لها بإصدار الاجراء الوقتي والتحفظي وفقا للمواد ١٤،٩ من قانون التحكيم مردود عليه بأن أساس هذا الاختصاص المنعقد لها مقيد بأن الأجراء الوقتي والتحفظي الملتمس إتخاذه من أحد طرفي التحكيم في مواجهه الطرف الأخر في التحكيم وبالتالي فانه لا إختصاص لهذه المحكمة من الأصل إذا كان الأمر يتعلق باتخاذ أجراء وقتي أو تحفظي في مواجهه شخص لم يكن طرفا في العقد المشتمل شرط التحكيم، ولا قيمة بتاتأ فيما رددته المحكمة من أن الأمر لايتعلق بنزاع موضوعي بشأن خطاب الضمان ينحسر عنه إختصاص المحكمة، إذا أن عدم إختصاص القضاء الوطني بنظر التحكيم، أمر غير وارد بسبب وجود شرط التحكيم ذاته والذي يسلب من القضاء الوطني اختصاصه بخصوص المنازعات الموضوعية محل التحكيم بموجب الأثر السلبي لأتفاق التحكيم ، واذا كان المشرع قد أعطى استناداً للمادة ٩و١٤ من قانون التحكيم اختصاصاً استثناء بالقضاء المصري بالفصل في بعض المنازعات، فان هذا الاختصاص يجب أن يفسر على نحو ضيق لا يترتب عليه هذا الاختصاص على نحو يخل بشرط التحكيم نفسه.

فاختصاص المحكمة المشار اليها في المادة التاسعة من قانون التحكيم المصري والمادة السابعة من مشروع قانون التحكيم العراقي باتخاذ الاجراء الوقتي والتحفظي، بان تكون هذا الاجراء ملتمس إتخاذه من أحد

---

[١] حكم محكمة استئناف القاهرة غير منشور اشارت اليه د. حفيظه السيد الحداد ، شرط التحكيم والضمانات البنكية والمستقلة، مصدر سابق، ص ٤٣٩_٤٤٠.

اطراف التحكيم ضد الطرف الأخر وليس في مواجهه الغير ومن ناحية اخرى فقد سبق وان اشرنا الى انه إذا اشتمل عقد الأساس المبرم بين العميل الآمر والمستفيد شرط تحكيم، فان هذا الشرط لا يحتج به ضد المصرف الضامن الذي يعد غير طرف في عقد الأساس، والقول بغير ذلك يبدد الطمأنينة التي تستمد منها فها خطابات الضمانات .

لذلك ومن ما تقدم من مبررات نحن نؤيد الطابع المطلق لعدم جواز الاحتجاج بشرط التحكيم بمواجهه المصرف الضامن .

الخاتمة

الخاتمة

بعد الأنتهاء من دراسة تنازع الأختصاص التشريعي عن خطاب الضمان المقابل، خلصنا الى مجموعة من الاستنتاجات يمكن ان نطرح من خلالها بعض التوصيات.

اولاً: الاستنتاجات

١_كشفت لنا هذه الدراسة أن الطبيعة العقدية لخطاب الضمان المقابل وفقا للراي الراجح تشريعيا وفقهيا وقضائيا، جعله يخضع من حيث القانون الواجب التطبيق الى ما تخضع له سائر العقود الدولية بتطبيق القانون المختار أوما يسمى بقانون الإرادة.

٢_ بينت لنا الدراسة، أن خطاب الضمان المقابل مستقل عن عقد الأساس الذي يخضع له كل من المشتري(المستفيد) والمورد (مصدر الأمر)، فهناك قانون واجب التطبيق على عقد الأساس، وقانون اخر يحكم العلاقة بين مصدر الأمر(المورد) والمصرف الذي يتعامل معه ويصدر الضمان، وقانون آخر ينظم العلاقات التي تربط المصرف الضامن المباشر بالمستفيد.

٣_ إن إعطاء الأساس القانوني للإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق وفقاً لمعيار النظرية الشخصية يقودنا الى القول بان عقد خطاب الضمان المقابل المبرم بين المصرف المحلي الموجود داخل دولة المستفيد مشتري كان أم مستورد أو رب عمل، والمصرف الأجنبي الآمر بالسحب مورداً كان أم مقاولا، لايخضع لقانون الا ما تشير اليه الإرادة، فهذه الأخيرة تكفي وحدها ولا يجبر الأطراف باختيار قانون معين، مع بقاء النصوص القانونية التي يختارها المصرفان نفسهما دون تعديل ، كونها قد اندمجت بالعقد بوصفها بند من بنوده، الآمر الذي يؤدي الى تجريد القانون المختار من قواعد الآمرة، وبالتالي تكون احكام القانون المختار مجرد بنود في العقد وتعامل معاملة الوقائع امام القاضي الوطني، مع عدم إشتراط صلة بين عقد خطاب الضمان المقابل والقانون المختار.

٤_ أن تطويع فحوى النظرية الموضوعية على عقد خطاب الضمان المقابل يوصلنا أن إختيار أطراف هذا العقد لقانون دولة معينة، لكي ينطبق على المسائل التي تثار بينهم لايكون ملزما للقاضي، إذ تبقى له المكنه في استنتاج مركز الثقل في العلاقة التعاقدية، مع إقامة الفرصة للقاضي بتطبيق قانون اخر غير الذي حددته إرادة الأطراف، مع إشتراط وجود صلة بين العقد والقانون المختار بغض النظر عن نوعها.

٥_ توصلت الدراسة الى أن المشرع العراقي قد إعتد بكل من النظرية الشخصية والموضوعية بالمادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي النافذ آيتنا في ذلك أنه إحترام إرادة الأطراف الصريحة والضمنية في

حال تعبيرهم عن ذلك وهذا هو منطوق النظرية الشخصية، والا فانه يرتكن الى الموطن المشترك ومحل الابرام في حالة عدم الاتفاق بين أطراف العلاقة التعاقدية وهذا ديدن النظرية الموضوعية.

٦_ كشفت الدراسة أن التساؤل الذي يثار عن مدى حرية اطراف خطاب الضمان المقابل على إختيار قواعد إتفاقية دولية مباشرة لحكم عقدهم ، بان أغلب الفقه العربي مازال متمسكاً بأن القاضي الوطني يجب ان يطبق قانون دولة معينة ، بخلاف الحال في الاتجاهات الحديثة في الفقه المقارن والتي تسمح بذلك، وما يؤيده التحكيم من الرجوع الى هذه القواعد من دون قيد.

٧_ خلصت الدراسة الى أن إعمال الإرادة الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان المقابل، قد يؤدي الى تباين الحلول نظراً لتعدد العلاقات الناشئة عن هذه الضمانات، فقد تميل بعض المحاكم الى تطبيق قانون المصرف الضامن المباشر على الضمان المقابل، أو تطبيق القانون الذي يحكم عقد الأساس على جملة العلاقات التي تنشا عن الضمان لاسيما إذا أشار الأطراف في خطاب الضمان الى عقد الأساس، كما أن الخشية من تحكم القضاء هي التي دفعت بعض الفقهاء الى عدم الأعتداد بإرادة الأطراف الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق.

٨_ أن ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين بوصفه ضابط إسناد إحتياطي حددته المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي، لايمكن تصور إعماله في علاقة الضمان المقابل، لأن المصرف الضامن المقابل والمصرف الضامن المباشر وهما طرفا عقد الضمان المقابل لايمكن ان يتواجدا في دولة واحدة اللهم الا إذا كان للمصرف الأجنبي فرع داخل العراق

٩_ أن ضابط محل إبرام العقد وعن مدى ملائمته في خطاب الضمان المقابل، فان هذا الأخير وان كان يحقق اليقين القانوني ويلبي توقعات الأطراف المشروعة، الا أنه لايعد مناسبا للصور الحديثة لمعاملات التجارة الدولية في ظل وجود وسائل الأتصال الحديثة وصعوبة تحديد محل الأبرام ولاسيما أن معظم معاملات المصارف تتم من خلال الفاكس أو التلكس أو ورسائل البيانات.

١٠_ إذا كانت الدراسة تؤيد أن لقضاة الموضوع ، من خلال التفسير الحرية والقدرة في إعطاء التصرف التكييف الذي يتلائم مع إرادة الأطراف، الا أنه مشروط بالتزام القاضي ببعض الضوابط التي تساعده في الوصول الى التكييف السليم، ومن هذه الضوابط إتصاف العقد بالصفة الدولية، فهذه قرينة لصالح الضمان المقابل الا أن هذا الأخير يعتمد على حاجات ومقتضيات التجارة الدولية، وفي حالة تردد القاضي بين خطاب الضمان المقابل والكفالة في مجال العلاقات العابرة للحدود فان الشك يفسر لصالح خطاب الضمان

المقابل على حساب الكفالة، أي أن معرفة هوية الضمان، هل هو ضمان مقابل ام كفالة هي مسالة قانونية تخضع للقانون الذي يحكم الموضوع (القانون المسند اليه) وليست مسألة ضرورية لازمه لاعمال قاعدة الإسناد التي تخضع لقانون القاضي.

١١_ إن التغيير في جنسية الشخص المعنوي والمتمثل بدراستنا المصرف الضامن والمصرف المباشر في خطاب الضمان المقابل ، يؤدي الى تغيير في قاعدة الإسناد يصعب معها تطبيق القانون الشخصي على التصرفات التي وقعت في ظل القانون القديم والأخرى التي لم تكتمل في ظل القانون القديم وإنما امتدت أثارها لحين إكتساب الشخص جنسية جديدة، مما يؤدي الى ظهور التنازع المتحرك، وعليه لو اتفق الأطراف في خطاب الضمان المقابل على تطبيق قانون المصرف الضامن المقابل ، وكان الأخير يتمتع بجنسية دوله ما، وبعد ذلك غير جنسيته، فان الاختصاص التشريعي ينعقد الى الجنسية الثانية التي يحملها المصرف.

١٢_ خلصت الدراسة وفي معرض تقديرنا لفكرة النظام العام كعائق يقيد تطبيق القانون الأجنبي على خطاب الضمان المقابل، وبالرغم من المزايا التي يحققها إعمال هذا الدفع من الحفاظ على السياسة التشريعية داخل البلد الا انها فكرة نسبية من حيث الزمان والمكان، فما يعد من النظام العام في زمان ومكان ما لايعد كذلك في زمان ومكان أخر، فالمجتمع متطور والظروف تختلف من مجتمع الى أخر، كما ان المد والجزر في فكرة النظام العام، قد يعرقل كفالة تنفيذ الحكم الأجنبي لمخالفة الشروط التي وضعت لهذا الخصوص.

١٣_ توصلت الدراسة الى أن القانون الذي يحدد مسألة الغش أو التعسف الظاهر من قبل المستفيد من الضمان هو القانون الذي يحكم عقد الأساس أي العقد الذي يربط مصدر الأمر بالمستفيد، وذلك لانه من الصعوبة بمكان أن يوجد غش في علاقة الضامن المباشر والضامن المقابل ولايمكن تصوره الا في حالة التواطؤ بين المستفيد، من الضمان والضامن المباشر، ولايمكن إنتقاد هذا الراي بحسبان إستقلال الضمان المقابل عن عقد الأساس لان الغش الذي يحدث من جانب المستفيد يفسد أو يعطل هذا الاستقلال.

١٤_ إستنتجت الدراسة الى أن إبرام العملية المصرفية المتعلقة بخطاب الضمان المقابل في العراق وإتفاق المتعاقدان الى إخضاعها الى قانون أجنبي فان القانون المختار بموجب قانون الإرادة لايجرد القانون العراقي من التدخل لتنظيم المسائل المتعلقة بهذه العملية والمعتبرة من القواعد ذات التطبيق الضروري ،بحسبان أن هذه القواعد الأخيرة تقيد من مجال إعمال قواعد الاسناد امام القاضي العراقي .

١٥_ إذا كانت الدراسة قد إنتهت الى أن التنازع بين القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية لايثار الا في الفروض التي فيها يتعذر التوفيق بين القانونين الأجنبيين اللذين يكون لكل منها إرادة الأنطباق على الواقعة محل النزاع، وعند ذلك لامناص من التضحية بأحدهما وإعمال الآخر، الإ ان الدراسة قد خلصت بان القاضي يطبق القانون الأكثر فعالية، يرتبط بالواقعة المعروضة روابط وثيقة يترجح معها إحتمال تطبيقه لما يوجد من درجة إرتباط تفوق ذلك الارتباط الذي يربط سائر القوانين الأخرى بالواقعة المعروضة، إذ يمكن للقاضي المعروض امامه النزاع أن يقف على هذا القانون متى ما اخذ في نظر الاعتبار الضوابط الأتية: طبيعة النصوص المتضمنة في كل من هذه القوانين، وموضوعها ودرجة الارتباط الوثيق الذي يربطها بالمنازعة.

١٦_ خلصت الدراسة الى أن القواعد المادية ذات المصدر التشريعي يمكن أن يكون لها دور في نطاق خطاب الضمان المقابل، والمتمثل بأستبعاد قاعدة التنازع خاصة حينما يتعلق الأمر بمستثمر اجنبي مع جهة عراقية طالبته بإصدار خطاب ضمان مقابل من المصرف الذي يتعامل معه الى مصرف عراقي، إذ أن هذا المستثمر قد يتعكز على المزايا والضمانات التي يوفرها له قانون الاستثمار في كل مايتعلق بعلاقته مع الجهة العراقية.

١٧_ إنتهت الدراسة الى أن إعمال شرط الدفع بالذهب بوصفه قاعدة مادية قضائية على خطاب الضمان المقابل، سوف نلاحظ أن الحلول ستختلف من دولة الى أخرى حسب سياسة الدولة المتبعة من شرط الدفع بالذهب مما يؤدي الى حصول تفاوت بين مصرفين تابعين لدولتين مختلفتين، إذا كان أحد المصارف يجيز هذا التعامل في حين يحرمه الأخر ولم يحدد المتعاقدان بصورة صريحة أو ضمنية القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي قد تثار بشأن خطاب الضمان المقابل.

١٨_كشفت الدراسة أن القواعد المادية ذات المصدر الأتفاقي تلعب دوراً مهما في مسائل خطاب الضمان المقابل لما لها من دور في تحجيم أو إلغاء التشريعات والخصوصيات الوطنية للمفاهيم القانونية، اللهم إلا إذا خالفت فكرة النظام العام في تلك الدول، كما إنها تؤدي الى إشباع حاجات التجارة الدولية بقدرتها على خلق قواعد جديدة تساهم في تطوير خطاب الضمان المقابل.

١٩_ توصلت الدراسة الى أن استقلال شرط التحكيم يعطي للمحكم الحق في النظر في المنازعات المتعلقة ببطلان العقد الأصلي لأنه يستمد سلطته منه، بمعنى آخر أن إرادة الأطراف في التحكيم مستقلة عن العقد الذي يحتويه، أما إذا تم ربط شرط التحكيم بالعقد موضوع النزاع والمتمثل بدراستنا بخطاب الضمان المقابل،

أي تبعيه شرط التحكيم للعقد الأصلي، لوجب حرمان المحكم من النظر في البطلان لأنه لايستطيع أن يفصل في العقد محل البطلان وهو مصدر سلطته، فالادعاء بابطال العقد المشتمل على شرط التحكيم لايمتد الى إبطال إرادة الأطراف بفض النزاع المتعلق بالعقد عن طريق التحكيم، وبالتالي نحن أمام عقدين منفصلين ولو ذكرا في وثيقه واحدة.

٢٠_ إن الحرية التي منحتها الاتفاقيات الدولية والتشريعات للأطراف (المصرف الضامن والمصرف المباشر) في أختيار القانون الواجب التطبيق على الأجراءات التحكيمية قد تصطدم في أن صياغة المصرفين للأجراءات ليست مُحكمة بالمعنى الفني الدقيق الذي يغلق جميع الثغرات والأجراءات المطلوبة في خصومة التحكيم والسبب في ذلك عدم خبرة المصرفين أعلاه في صياغة الأحكام القانونية لإجراءات النزاع، لذلك سار الواقع العملي بأن يتفق الأطراف على المبادىء العامة التي تحكم إجراءات التحكيم مثل تشكيل هيئة التحكيم ومحل إنفاذها ولتاريخ الذي يصدر فيه الحكم واللغه أما باقي أجراءات التحكيم فتكون إستناداً الى قانون وطني معين يتم إختياره بصورة صريحة أو ضمنية.

ثانياً : التوصيات

١_ نقترح على المشرع العراقي، وبالنظر لأهمية العمليات المصرفية بصورة عامة، وخطاب الضمان المقابل بصورة خاصة ، ولكثرت التعامل به على صعيد التجارة الدولية، إرساء قاعدة إسناد خاصة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان المقابل، لأن المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي النافذ لاتكفي وحدها لسد النقص في قواعد الاسناد من خلال إتباع مباديء القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا فيما لم يرد بشأنه نص، وتكون بالشكل الاتي:

((يسري على عقد خطاب الضمان المقابل، قانون دولة المصرف الذي يؤدي الإداء المميز في العقد))

إذ من خلال النص أعلاه وللاسباب المذكورة في متن الرسالة يتم منح القاضي سلطة تقديرية في إختيار مكان المصرف الذي يؤدي الأداء المميز والذي ينحصر بين المصرف الضامن المقابل والمصرف الضامن المباشر، وإن كانت الدراسة قد ايدت تطبيق قانون المصرف الضامن المقابل بوصفه الطرف الذي يؤدي الأداء المميز استناداً الى نص المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي النافذ، وبذلك يتخلى المشرع العراقي عن الجمود الذي تضمنته المادة(١/٢٥) من نفس القانون، والتي جاءت بقاعدة موحدة بالنسبة لسائر العقود، بغض النظر عن الطبيعة الخاصة التي قد تتميز بها بعض العقود.

٢_ في حالة البقاء على المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي النافذ وعدم درج قاعدة إسناد خاصة بالعمليات المصرفية، نقترح على المشرع العراقي إعادة ترتيب نص المادة سالفة الذكر، وتضمينها ضابط مكان تنفيذ العقد، بحيث تكون لها الأولوية على الضوابط التي تحتويها هذه المادة، لأن هذه الضوابط جامدة ومتباينة في قوتها في حالة إنطباقها على خطاب الضمان المقابل، لتكون بالشكل الاتي:

((يسري على الالتزامات الإرادية في حالة عدم الأتفاق صراحة أو ضمنا، قانون مكان تنفيذ العقد ثم محل ابرام العقد ثم الموطن المشترك للمتعاقدين وعلى سبيل التدرج)) .

٣_ إنَّ العمليات المصرفية عامة وخطاب الضمان المقابل بشكل خاص، وإنْ كان قانون الإرادة هو الميدان الأول لها الإ أن الخصوصية التي تضفي على هذه العمليات أمرٌ من شأنه أن يحد أو يقيد من قانون الإرادة بحسبان أن هذه العمليات ليست مجرد عقود عادية ينحصر أثرها على أطرافها، وانما هي عمليات لها وظيفة إقتصادية بل وحتى سياسية غاية في الأهمية داخل الدولة، لذا تكون ميدانا خصبا لأعمال القواعد الآمرة أو ذات التطبيق الضروري. لذا يجب تحصين قانون الإرادة بعدم إعماله إذا تعارض مع هذه القواعد او فكرة النظام العام أو جاء من غش نحو القانون .

لذا نقترح اضافه فقرة جديدة الى نص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي النافذ لتكون بالشكل الاتي:

((لايجوز إعمال القانون المختار في حالة وجود تحايل على القانون أو تعارضه مع النظام العام أو القواعد الآمرة في دولة القاضي)) .

٤_ ندعو المشرع العراقي الى وضع حلول عملية مسبقة لحل التنازع الإيجابي والسلبي للموطن أو الجنسية وذلك بالحث على الانضمام لاتفاقيات دولية تعقدها الدول فيما بينها تكون بمثابة قانون تعاهدي يساعد في التغلب على الصعوبات الناتجه من هذا التنازع، وخاصه ان دراستنا تتركز على تنازع يحصل بين مصرفين يكونا بمثابه شخصية معنوية قابلة للتعدد أو الانعدام.

٥_ نتمنى من المشرع العراقي الأنضمام الى القواعد الموحدة التي قدمتها غرفة التجارة الدولية بباريس لسنة ١٩٩٢ وإتفاقية اليونسترال لسنة ١٩٩٥، لتكون بمثابة قواعد مادية عابرة للدول قابلة للتطبيق في العراق، مع تضمين قانون التجارة العراقي النافذ أسوة بالتشريع المصري، نصاً يشير الى تطبيق هذه القواعد ليكون بالشكل الآتي:

((تسري في حالة عدم وجود نص في هذا القانون فيما يتعلق بخطاب الضمان المقابل القواعد الدولية الموحدة التي تناولت بالتنظيم أحكام هذا العقد)).

٦_ نقترح من مجلس النواب العراقي الأسراع في التصويت والموافقة على مشروع قانون التحكيم العراقي لسنة ٢٠١١، خصوصا بعد موافقة مجلس الوزراء عليه بجلسته المنعقدة بتاريخ ٢٠٢٤/٢/٢٠ .

٧_نقترح من المشرع العراقي الأكثار من عقد الاتفاقيات الدولية التي تلتزم فيها كل من الدول المتعاقدة بتقديم المعلومات اللازمة عن قوانينها، وتبادل المؤلفات الفقهية والمجموعات القضائية حتى يسهل الالمام بكافة التعديلات التي تطرأ على القوانين الأجنبية.

٨_نقترح إنشاء مركز علمي للقوانين الأجنبية تشرف عليه وزارة العدل يتولى جمع البيانات والمصادر والمستندات المتعلقة بمختلف القوانين الأجنبية، على أن يضم هذا المركز مجموعة من الخبراء والاكاديميين المتخصصين في القانون الدولي الخاص مهمتهم تقديم المساعدة اللازمة للقضاة وذوي المصلحة.

المصادر

المصادر

_القران الكريم

الكتب القانونية

١_ د.ابراهيم احمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانيين،ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٧٧.

٢_د.إبراهيم احمد إبراهيم ود. احمد قسمت الجداوي ، قانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية القاهره، ١٩٩٨.

٣_د.ابو العلا النمر، المختصر في تنازع القوانين ،ط١،دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٦.

٤_د.ابو العلا النمر، النظام القانوني للتدابير الوقتية والتحفظية ،ط١، مطبعة الشرق الوسط ، القاهرة ،٢٠٢٠.

٥_د.ابو العلا النمر ود. احمد قسمت الجداوي ، موطن الشخص الطبيعي والاعتباري في العلاقات الخاصة الدولية ،ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

٦_د.احمد عبد البديع ، شرح قانون التحكيم ، دراسة مقارنة دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠.

٧_د.احمد عبد الحميد عشوش ود. عمر أبو بكر، احكام الجنسية ومركز الأجانب في دول مجلس التعاون الخليجي مؤسسة شباب الجامعة ، مصر ١٩٩٠.

٨_د.احمد عشوش، النظام القانوني لعقد القرض الدولي ،مؤسسة شباب الجامعة ،١٩٩٠.

٩_د.احمد عبد الحميد عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانيين (دراسة مقارنة) مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية ١٩٨٩.

١٠_د.احمد عبد الكريم سلامة ، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٨٥.

١١_د.احمد عبد الكريم سلامة ، الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي ط١، جامعة الملك سعود، الرياض ١٩٩٧.

١٢_د.احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولا ومنهجا، ط١، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصور، ١٩٩٦.

١٣_د.احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق ، دار النهضة العربيه، القاهرة ١٩٨٩.

١٤_د.احمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنه طبع

١٥_د.احمد عبد الكريم سلامه، القانون الخاص النوعي، ط١، دار النهضة العربية القاهره، ٢٠٠٠ .

١٦_ د.احمد عبد الكريم سلامة ، مدونة أبحاث في القانون الدولي الخاص،ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩.

١٧_د.احمد قسمت الجداوي، الوجيز في القانون الدولي الخاص،ج١، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة طبع.

١٨_د.احمد قسمت ، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام ،ج١، ط٢، القاهرة ١٩٥٤.

١٩_د.احمد محمد الهواري ، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠.

٢٠_د.احمد مسلم ، موجز القانون الدولي الخاص، في مصر ولبنان، دار النهضة العربية ، القاهره ،١٩٦٦.

٢١_د.بدر الدين عبد المنعم شوقي ، الوسيط في القانون الدولي الخاص المصري ،ط١،دار النهضة العربية ، القاهرة ،١٩٩٥.

٢٢_د. بدران شكيب الرفاعي ، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص ،دار الكتب القانونية ،مصر ،٢٠١١.

٢٣_د.بيار ماير وفانسان هويز، القانون الدولي الخاص ، ترجمه د. علي محمود مقلد، ط١، مجد المؤسسة الجامعية لدراسات والنشر والتوزيع، بيروت ٢٠٠٨.

٢٤_د.جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص العربي ،دار النهضة العربية القاهرة ،١٩٧٠.

٢٥_د.جابر جاد عبد الرحمن ، احكام تنازع القوانين في القانون العراقي ، مطبعة الحكم المحلي ، بغداد، ١٩٧٩/ ١٩٨٠.

٢٦_د.جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٩.

٢٧_د.جمال محمود ياقوت ، حريه المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي ،ط١،منشاه المعارف الإسكندرية ،٢٠٠٤.

٢٨_د.حسام الدين فتحي نصيف ،حماية المستهلك من خلال تنازع القوانين،ط١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.

٢٩_د.حسام الدين فتحي ، مركز فانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية ،ط١ دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٩٤.

٣٠_د. حسن الهداوي ود. غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص . القسم الأول في الجنسية ومركز الأجانب ، مطبعة مديرية دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل.

٣١_د.حسن الهداوي ود. غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانيين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الأجنبية ،ط١ ، مديرية دار الكتب الموصل ، ١٩٨٨ .

٣٢_د.حسن الهداوي، تنازع القوانين ، المبادئ العامة ، دار الحلول للنشر والتوزيع عمان، ٢٠٠٥.

٣٣_د.حفيظة السيد الحداد ، الطعن بالبطلان على احكام التحكيم الصادرة في منازعات الدولية ط١، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ١٩٩٧ .

٣٤_د.حفيظة السيد الحداد ، المدخل الى الجنسية ومركز الأجانب ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،٢٠١٠ .

٣٥_د.حفيظة السيد الحداد ، مدى اختصاص القضاء الوطني بأتخاذ الاجراءت الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشانها على التحكيم دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ١٩٩٦.

٣٦_د.خالد عبد الفتاح ، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ٢٠٠٢، القاهرة .

٣٧_د.خالد محمد القاضي ، موسوعة التجارة الدولية ،ط١، دار الشروق ٢٠٠٢.

٣٨_د.خليل محمد إبراهيم خليل ، تكامل مناهج تنازع القوانين ،ط١، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، ٢٠١٥.

٣٩_د.رضا السيد الحميد ، التحكيم في الكفالة مصرفية وخطابات الضمان دار النهضة العربيه القاهرة، ١٩٨٨.

٤٠_د.سامي بديع ، د. أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص ، بيروت، ٢٠٠٠.

٤١_د.سامي بديع منصور ، د. عكاشة محمد عبد العال ، طرق حل المنازعات الدولية الخاصة والحلول الموضوعية لتنازع القوانين، الدار الجامعية بيروت، ١٩٩٥.

٤٢_د.سامية راشد ، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة،ط١،منشآة المعارف الإسكندرية ١٩٨٤.

٤٣_د.سعيد يوسف البستاني ، الجامع في القانون الدولي الخاص،ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، ٢٠٠٩.

٤٤_د.سليمان عبد المجيد ، النظرية العامة للقواعد الآمرة والنظام القانوني الدولي ، دار النهضة العربية القاهرة ، ١٩٩٩

٤٥_د.سميرة عبد السيد ، النظرية العامة للقانون ، منشاه المعارف الإسكندرية ، بلا سنة طبع.

٤٦_د.صفوت احمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير احكام القانون الدولي الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، ٢٠٠٥.

٤٧_د.صلاح الدين جمال الدين ، دور احكام التحكيم في تطوير حلول مشاكل تنازع القوانين ، دراسة في احكام المركز الدولي منازعات الاستثمار الوطني دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٤.

٤٨_د.صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي دار النهضة العربيه، القاهرة ٢٠١٢.

٤٩_د.صلاح محمد المقدم ، تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات إيجار السفينة، دراسة مقارنة في القانون البحري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ١٩٨١ .

٥٠_د.طرح البحور علي حسن فرج ، تدويل العقد (دراسة تحليلية على ضوء الأتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما ١٩يونيو ١٩٨٠ منشأة المعارف، الإسكندرية ، ٢٠٠٠.

٥١_د. عامر محمود الكسواني ، موسوعة القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين ،ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، ٢٠١٠.

٥٢_د.عباس زيون العبودي، شرح احكام قانون الجنسية العراقي رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦، الموطن ومركز الأجانب، دراسة مقارنة في نطاق القانون الدولي الخاص ،ط١، مكتبة السنهوري، بغداد ٢٠١٢.

٥٣_د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،دار النهضة العربية القاهرة ١٩٨١ .

٥٤_د.عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، القانون الدولي الخاص ط١، دار السنهوري ، بيروت، ٢٠٠٩ .

٥٥_د.عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص ،ط١، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت ،٢٠٠٨.

٥٦_د.عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري ، ج٢، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ط٣، مكتبة النهضة العربية القاهرة ، ١٩٨٥.

٥٧_د.عصام الدين القصبي ، النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية، دراسة تحليلية خاصة بالاعتمادات المستندية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٩٣.

٥٨_د.عكاشة محمد عبد العال ، الأتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات دار الجامعية ، بيروت، ١٩٩٧ .

٥٩_د.عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، بدون سنه الطبع .

٦٠_د.عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية ، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، ١٩٩٤.

٦١_د.علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

٦٢_د.غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص ،ط٥، دار وائل للنشر والتوزيع ،عمان،٢٠١٠.

٦٣_د.فؤاد ذيب، القانون الدولي الخاص ، ج٣،ط١، منشورات جامعه حلب، سوريا ١٩٩٨.

٦٤_د.فؤاد رياض ود. ساميه راشد ، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٧.

٦٥_د.فؤاد عبد المنعم رياض، الجنسية والموطن ومركز الأجانب ،ط١، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة، ١٩٥٨_١٩٥٩.

٦٦_د.محمد السيد عرفه ، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول في التنازع الدولي للقوانين، مكتبة العالمية، المنصورة ، ١٩٩١_١٩٩٢.

٦٧_د.محمد حمدي بهنسي، دور الإرادة الفردية في حل تنازع القوانين بشان العلاقات غير العقدية، دراسة تحليلية تاصيلية في مجال القانون الدولي الخاص، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠.

٦٨_د.محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط١، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

٦٩_د.محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ،ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، ٢٠٠٩.

٧٠_د.محمود محمد الياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية ، دراسة تحليلية مقارنة ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ٢٠٠٤.

٧١_د.محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي ،ط١، منشاه المعارف الإسكندرية،٢٠٠٤.

٧٢_د.مصطفى بونجه ود. نهال اللوح ،التحكيم في المواد التجارية والإدارية والمدنية ،ط١، مطبعة الشرق الوسط، القاهرة، ٢٠٢٠ .

٧٣_د.منير عبد المجيد ، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية ،منشأة المعارف الإسكندرية ١٩٩٥.

٧٤_د.منير عبد المجيد ، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم ، مطابع الشرطة، بدون مكان نشر ، ٢٠٠٥ .

٧٥_د.ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن ،ط١،دار العربية للطباعة ، مطبعة الحكومة بغداد، ١٩٧٣. ٧٦_د.ناصر عثمان محمد عثمان ، القانون الدولي الخاص المصري ،ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ،٢٠٠٩.

٧٧_د.هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ،٢٠٠٧.

٧٨_د.هشام علي صادق ، القانون الدولي الخاص ،ط١، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، ٢٠٠٤.

٧٩_د.هشام علي صادق ،القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف الإسكندرية،١٩٩٥.

٨٠_د.هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص ،ط١، منشأة المعارف الإسكندرية، ٢٠٠٣،٢٠٠٤.

٨١_د.هشام علي صادق ود. حفيظه السيد الحداد ، دروس في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول ، الجنسية ومركز الأجانب ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، ١٩٩٨،١٩٩٩.

٨٢_د.هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة مع المبادئ والحلول الموضوعية المقرره في التشريع المصري ،ط١، منشأة المعارف الإسكندرية ١٩٧٤.

٨٣_د.هشام علي صادق ، دروس في القانون الدولي الخاص ،ط١، دار الجامعية للطباعة والنشر الإسكندرية، ١٩٨٣.

٨٤_د.وليد ماهر ، خطابات الضمان الدولية ،ط١، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ،مصر ٢٠٠٨.

الرسائل والاطاريح

١_احمد محمود حمدان الفضلي، التحايل على القانون في القانون الدولي الخاص ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون في جامعة الموصل ١٩٩٩.

٢_احمد مهدي صالح ، القواعد المادية في العقود الدولية(دراسة مقارنة) ،رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون في جامعة بغداد ٢٠٠٤.

٣_بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة عين شمس، ٢٠٠٤.

٤_تعويلت كريم، فعالية التحكيم التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه. مقدمة الى مجلس كلية القانون، تيزي وزو، جامعة مولود معمري، ٢٠١٧ .

٥_حسين نعمه الزيادي، الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون في جامعة بابل ٢٠٢٢.

٦_حسين نعمه نغيمش ، حماية ناقصي الأهلية في العلاقات الخاصة الدولية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون في جامعة بابل ٢٠١٢.

٧_جمال محمود الكردي ، القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كليه الحقوق في جامعة تولوز ١٩٩٣.

٨_خليل فكتور تادرس، مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٩٥، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق في جامعه القاهرة،١٩٩٥.

٩_سلامه فارس عرب وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية ،أطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية القانون في جامعة القاهرة ،١٩٩٨.

١٠_طارق عبد الله عيسى ، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون في جامعة بغداد ٢٠٠١.

١١_ عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، تغير ضوابط الاسناد في عقود القانون الخاص ، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون من جامعة بابل ١٩٩٩.

١٢_فراس كريم شيعان ، أثر اتفاقيات التجارة الدولية في تطوير قواعد تنازع القوانين ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون في جامعة الموصل ٢٠٠٧.

١٣_محمود لطفي محمود ، تنازع الاختصاص القانوني في خطابات الضمان الدولي اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق في جامعه عين شمس ٢٠١١.

البحوث القانونية

١_ د.ابراهيم شحاته ، اجتهاد القاضي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، عدد٢، تصدر عن كلية الحقوق في جامعة عين شمس ،١٩٦٢.

٢_د. أحمد صادق القشيري ، الأتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية ، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، مجلد ٢١، ١٩٦٥ .

٣_د. أحمد عبد الكريم سلامة، تأملات في ماهية قاعدة التنازع، بحث منشور في مجلة مصرية للقانون الدولي، تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد ٥١، ١٩٩٥.

٤_د. أحمد محمد الهواري، خواطر حول حماية الطرف الضعيف في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة عبد الرحمان ميره ، الجزائر، عدد خاص، ٢٠١٥ .

٥_د.حفيظه السيد الحداد ، شرط التحكيم والضمانات البنكية، بحث منشور في اعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية المعنون بالجديد في أعمال مصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية منشورات الحلبي الحقوقية ، بدون سنة نشر .

٦_د. عباس زبون العبودي، المناهج الجديدة في العلاقات الخاصة الدولية واثرها على قاعدة تنازع القوانين، بحث منشور في مجلة اليرموك، تصدر عن كلية اليرموك الجامعة، المجلد٨ العدد١، ٢٠١٦.

٧_د. عبد الفضيل احمد، القانون الواجب التطبيق في منازعات التحكيم البحري الدولي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية تصدر عن كلية الحقوق في جامعة المنصورة العدد ٥٧ ،٢٠١٥.

٨_د. علي عبد الحميد ، التطورات الجديدة لنظام التحكيم في القانون الفرنسي. بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد المصرية، العدد٩٠، ٢٠٢٥ .

٩_د. محمد صالح القويزي ، التكيف دراسة فقهية قانونية، بحث منشور في مجلة القضاء العراقية، تصدر عن نقابة المحامين العراقية، العدد٢، السنة ١٩٦٩.

١٠_د. محمد عبد الظاهر حسين، عقد الضمان المقابل ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، تصدر عن كلية الحقوق جامعة بني سويف، السنة ٢٠٠٠ .
١١_د. محمود الفياض، مدى التزام الأنظمه القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد. بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، تصدر عن كلية القانون في جامعة الامارات العربية المتحدة العدد ٥٤، نيسان ٢٠١٣ .
١٢_د. مصطفى كيرة، التكييف القانوني ، بحث منشور في المجلة العربية للفقة، تصدر عن الأمانه العامة لجامعة الدول العربية عدد١ ١٩٩٩.
١٣_د. مظفر ناصر حسين، قواعد التنازع وقواعد التطبيق المباشر في القانون الدولي الخاص ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية تصدر عن كلية القانون في جامعة بغداد ، العدد٢، المجلد ١٩٩٦،١١.

_ مجموعة القرارات القضائية

١_ مجموعة احكام قضاء محكمة التمييز العراقية الصادرة سنة ١٩٧١،ط١،دار الحرية للطباعة، ، ١٩٧١
٢_ مجموعة احكام محكمة النقض المصرية الصادرة في ١٩٦٩، العدد ٢٠

الموسوعات القضائية

١_ إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم المرافعات المدنية، مطبعة جعفر، بغداد ،١٩٩٠.
٢_ المستشار أنور طلبة، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية في خمس وخمسون عاماً (١٩٣١_١٩٨٦) ، الجزء الأول، دار نشر الثقافة، القاهرة، ١٩٨٦.

قرارات قضائية أخرى:

أولاً_ فرنسا

١_ قرار محكمة النقض الفرنسية الصادرة في ١٩٨٧/١/٢٤ منشور في
Rev.crit.1978.689 not dela pore, jcp,1978,II/8821.concl, Gulpbe
٢_ قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٩٨٤/١/٢٥ منشور في
(cass_ soc. 25_ Janjecs_ 1984) rev.crit,1985,p.327

٣_ قرار محكمة النقض الفرنسية

Cass.com_13dec,1994 Bull,civ.Iv,no 375

٤_ حكم محكمة النقض الفرنسية الصادرة في كانون إلاول لسنة ١٩٨٥

Cass.civ.1986.2_2o5g3b s.ston flet,D. 1986.p,213

٥_ قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ ١٩٥٠/٥/٢١

٦_ حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٩٨٢/١٢/٢٠ في قضية شركة crensot_toire, المكلفة بتشييد مصنع للصلب في العراق

c.cass(ch.com), 20 decmbre,1982,ker,arb,1984,note Bertand moreau.

٧_ قرار محكمة إستئناف باريس

Ca paris 16 avr. 1996 juris_ pata no oo 2106 D 1996

٨_ قرار محكمة إستئناف باريس الصادر في ١٩٨٥/٧/٢٦ في قضية BNA المصرف التجاري لراوندا

C.A paris du zr juillet, 1985, Dalloz, 1986, IR 157

٩_ قرار محكمة تشيرنوبل الصادر في ١٩٩٥/٩/٣١ منشور على الموقع الالكتروني

http://cisqw>.Law.pace-edu/case/950/3fi.html

ثانياً: سويسرا

١_ حكم محكمة جنيف العليا الصادر في ١٢/٩/ ١٩٨٥

Cour De justiceivil de Geneva Civil Justice Court, 12 September 1985,

Banque du Suisse, Switzerland, General Establishment for cesreala processing and tnadec miranos internatioal

Trading Inc., S.A. D. 1986, p. 165

ثالثاً: لوكسبورغ

١_ قرار محكمة استئناف لوكسبورغ في حكمها الصادر في ١٩٨٣/٣/١٦

C.A luxembourj du 16mars ,1983, dalloz,1983

الإتفاقيات والقوانين:

أ_ الإتفاقيات

١_ اتفاقية لاهاي المنعقدة بتاريخ ١٩٦٦/٦/١ والخاصة بالاعتراف بالاشخاص المعنوية متاح على الرابط الالكتروني الآتي:

http://www.hcch.net/e/conventions/exp/340/html

٢_ قواعد غرفة التجارة الدولية للضمانات لدى الطلب لسنة ١٩٩٢ والمعدلة بالاصدار رقم ٧٥٨ لسنة ٢٠١٠ متاحة على الرابط الالكتروني الاتي :

https://www.scribd.com/document/701682153/

٣_ اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الضمان (اليونسترال) لسنة ١٩٩٥ متاحة على الرابط الالكتروني الاتي:

https://unicitral.un.org/ar/texts/pagments/conventions/independent.guaraantees

٤_ لائحة روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لسنة ٢٠٠٨ the RomeII Regulation (EC) No. 593/2008 . متاح على الرابط الالكتروني الآتي :

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN

ب_ القوانين

القوانين العراقية

١_قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ النافذ منشور في الوقائع العراقية، العدد ٢٩٨٧ في ١٩٨٤/٤/٢

٢_ قانون الشركات العراقي رقم ٢١لسنة ١٩٩٧ المعدل منشور في الوقائع العراقية، العدد ٤٥٥٤ في ٢٠١٩/٩/٩

٣_ القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل، منشور في الوقائع العراقية، العدد ٣٠١٥في ١٩٥١/٨/٩

٤_ قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ السنة ١٩٦٩ المعدل، منشور في الوقائع العراقية، العدد ١٧٦٦في ١٩٦٩/٨/١٠

٥_ قانون المصارف العراقية رقم ٩٤ السنة ٢٠٠٤ المعدل السنة ٢٠١٧ العدد٤٤٧٥ في ٢٠١٨/١/٢

٦_ قانون حماية المستهلك رقم السنة ٢٠١٠ ، منشور في الوقائع العراقية، العدد ٤١٤٣في ٢٠١٠/٢/٨

_ القوانين العربية

١_ قانون البنك المركزي المصري رقم ١٩٤ لسنة ٢٠٢٠ النافذ

٢_ قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ النافذ

٣_ قانون التحكيم المصري رقم ٢٧لسنة ١٩٩٤ النافذ

٤_ القانون المدني المصري رقم ١٣١لسنة ١٩٤٨ النافذ

القوانين الأجنبية

١_ تقنين تنازع القوانين الأمريكي الثاني لعام ١٩٧١ منشور على الرابط الالكتروني :

www.columbia.edu/mr2651/.../rest2conf/187

٢_ القانون التجارة الموحد الأمريكي لسنة ١٩٥٢ المعدل منشور على الرابط الالكتروني :

https://www.investopedia.com

٣_ القانون الدولي الخاص السويسري لسنة ١٩٨٧

https://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/swisspil%D0%B2

٤_ القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ وتعديلاته https://www.codes.et.lois

_ المصادر الأجنبية

_باللغة الإنكليزية

1_ Beal,Dicey,conflict of laws,10,Harvard Law Review 1896,

https://www.jstor.org/stable/1321757

2_ Brainerd Currie, Selected on the on the conflict laws, Durham, Carolina, 1963.

3_ Chestham, American Theories of Conflict of Laws, Their Role and Utility, 58 Harvard Law Rev., 1945, https://doi-org/10.2307/13354 2019 .11.25

4_ Cheshire, Private International Law,Ninth edition, butterLaw, London, 1974, ninth

5_ David, The method of unification,Am jon. Comp.l.vol.16.1968.

6_ Dicey and Morris, Conflict of law, 9th ed. Stevens Stones Limited, London, 1973.

7_ Kegel, The Crisis of Conflict of Law, R.c.AD.I. 1964.

8_ Martin Wolf, Private International Law,2 Editions, Oxford, 1450.

_ باللغة الفرنسية

1_ Batiffol and Lagarde, Private International Law, September edition, Volume II, Paris, 1983

2_Berger, Transnational commercial law in the age of globalization, Centre for International Commercial Law Research, 42 SA GGI, with Feren Ze seminar, Rome, 2001.

3_Bernard Audit Droit International prive, 3edition parisecomica 1997.

4_Batiffol, Deploratisme des methods en droit internatonala prive, cours la Hage,1973.

5_Daniel Gutman, Private International Law, 5th edition, Dalloz, 2007.

6_Bernard Audit,Droit International Prive zedrnrd pariseconmica_1997.

7_FranCissckis, Some Precisions on Laws: A comparat
_ive Study, Critical Review of Laws, International Private Law Review, France, 1966.

8_Francois Rig aux,Droit prive materiel et regles de conflit de lois Regles de conflit de lois, Revue Belae de Droit International,Bruxelles,1991.

9_ Goldman, Lalex mercatoria dans les contnacts et lar bitvage in ternati onaaux rea lite et perspectives, lunet, 1979 .

10_Henri Batiffol, Traité élémentaire de droit international prive, Librairie générale de droit et de jurisprudence', 1959 .

11_Jean Pierre Mattout,droit bancaire International, ed. La revue banqu, 1987, N7.

12_ Jean Robert, Larbitrage droit international prives, 5th edition dalloz ,1983

13_ Khaled Mohamed le Letter de garanti apremanding international private law, theses paris 2004 .

14_Loussovarn, Bourel, de Var eiles sommierecpascal, (International Privé), .Paris, 5e, 2004 .

15_Loussouarn, coursgeneral de droit international prive, R.c.D.I., 1973 .

16_ Mayer, Private International Law, Tom II, Paris .

17_ Michel Pelichett, Garantie Bancaire et conflit de lois, RDAL, 1990 .

18_Paul Lagarde,le Principle deproximite en droit, International prive,Rcadi, 1986 .

19_ Seatzu, Insurance in Private International Law A European Perspective, Hart Publishing c10.2003 .

20_ Thierry Bouneau, droit bancaire, zemeditionc 1996.

Abstract:

Practical reality in the field of international trade has revealed another type of guarantee through which the guarantor bank, in agreement with another bank located in the beneficiary's country (buyer, importer, or employer), pays the latter the value of the agreed-upon guarantee. The direct guarantor, represented by the bank located in the beneficiary's country, pays the beneficiary upon request, regardless of whether the original contract concluded between the beneficiary and the source of the order (supplier, seller, or contractor) has been implemented. The counter-guarantor, represented by the bank located outside the beneficiary's country, pays the beneficiary what was paid by the direct guarantor. This is called a counter-guarantee, which is defined as a credit agreement whereby the direct guarantor (the foreign bank, based on the source of the order), invites the direct guarantor (the national bank) to pay the beneficiary, upon request, the agreed-upon amount, and undertakes to cover it Since the counter-letter of guarantee is an international contract by nature, due to the presence of two banks in two different countries, in addition to the difference in nationality of both (the buyer, the importer, the employer) and (the seller, the supplier, the contractor), this raises a problem related to the dispute arising from the implementation of this guarantee, which raises a conflict of laws between more than one legal system, which calls us to know the solutions offered to resolve the international conflict of laws.

If we apply the traditional rules represented by the rules of attribution in the field of voluntary obligations and stipulated in Article (1/25) of the Iraqi Civil Code The current system, is it sufficient to solve this problem, especially given the presence of some rigid controls related to this issue, or does the matter call for us to adapt these traditional rules by adding flexibility to some of these controls?

In addition to the fact that banking operations, as important economic tool in the hands of the state, call for the latter to enact mandatory rules that delete or cancel any dispute that arises regarding them. Banking operations are often governed by rules and customs common to countries, which has led to a kind of similarity in all legislations in the rules governing this process, which has led to the existence of model contracts to solve this problem, which requires us to know the material rules that are taken from the issue of the rules of attribution in this regard. It also does not detract from the importance of determining the law applicable to the counter-letter of guarantee, as the disputes that arise regarding it are settled through arbitration, as each method is concerned with first determining the content of the rights that the law recognizes for him so that he can determine the part that he can waive among them.

To confront these challenges, the study presents a legislative vision that re-engineers the rules of legislative jurisdiction in terms of location, by adding a special attribution rule regarding determining the applicable law to the corresponding letter of guarantee, which includes a standard or criterion for distinctive performance in the contract, because Article 30 of the current Iraqi Civil Code is not sufficient alone to fill this legislative deficiency, or to rearrange the text of Article 1/25 of the aforementioned Iraqi Civil Code, and include a standard for the place of contract execution, so that it has priority over the controls included in this article, while fortifying the law of will by not applying it if it conflicts with the idea of public order or mandatory rules in the judge's country or comes from fraud towards the law.

Republic of Iraq
The Ministry of Higher Education
And Scientific Research
Al-Qadisiyah University
College of Law

Conflict of Legislative Jurisdiction over the Counter Letter of Guarantee (Comparative Study)

Master's Dissertation Presented To The Council Of The College Of Law, University Of Al-Qadisiyah. It Is Part Of The Requirements For Obtaining A Master's Degree In Private Law

By The Student
Hajir Hady einad

Supervised By
Pro. Dr. Nidham Jabbar Talib
Professor Of Private International Law

2025 A.D 1447A.H