



نحو مشروع قانون ينظم تنازع القوانين في الاعتمادات المستندية

**Towards a Law Proposal Regulating the conflict of laws in
Documentary credits**

إعداد

عمار محمود أيوب الرواشده

إشراف

الدكتور عوض أحمد الزعبي

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في فلسفة القانون

تخصص قانون خاص

كلية القانون

جامعة عمان العربية

2013

ب

التفويض

أفوض جامعة عمان العربية بتزويد نسخ من أطروحتي للمكتبات أو المؤسسات أو الهيئات أو الأشخاص عند طلبهم حسب التعليمات النافذة للجامعة.

الاسم: عمار محمود ايوب الرواشده

التوقيع: 

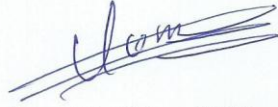
التاريخ: ٢٠١٣/١٠ / ١٢

Amman Arab University

Authorization

Authorize the Amman Arab University to supply copies of my dissertation to libraries or establishments or individuals on request according to the university regulation.

Signature: Ammar al Rawashdeh



Date: 12 / 10 / 2013

ب

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الاطروحة بعنوان نحو مشروع قانون ينظم تنازع القوانين في الاعتمادات المستندية
وأجيزت بتاريخ ٢٠١٣/١٠/١٢

التوقيع

أعضاء لجنة المناقشة :

رئيساً

١ . د. احمد أبو شنب

مشرفاً عضواً

٢ . د. عوض الزعبي

ومحكماً وعضواً

٣ . د. رمزي ماضي

عضواً

٤ . د. قيس الشرايري

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

اِقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِیْ خَلَقَ

الإهداء

إلى والدي العزيز أطل الله في عمره

إلى والدي رعاها الله وحفظها

إلى نور قلبي من كانت لي دائما عوناً زوجتي هدى خلف مصطفى بني مصطفى

..... إلى أولادي (فرح وسجود وحلا وساره وصالح).

إلى روح عمي الطاهرة : (علي أيوب الرواشده) طيب الله ثراه ، و احسن اليه .

إلى أساتذتي ومدرسي

إلى جميع أصدقائي

الشكر والتقدير

أقدم بخالص الشكر والتقدير بداية إلى الدكتور عوض أحمد الزعبي المشرف على الرسالة
كما أقدم بجزيل الشكر والامتنان إلى كل من وعميد الدراسات العليا و الأستاذ الدكتور أحمد أبو
شنب عميد كلية القانون سابقا والدكتورة شرين ابو غزاله والدكتور قيس شريري والدكتور محمد
الرواشده الذين قدّموا العون والمساعدة .

ولا يفوتني أن أقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى أعضاء لجنة المناقشة الكرام :-

1. أ.د. أحمد أبو شنب رئيساً

2. د. عوض الزعبي مشرفاً عضواً

3. د. رمزي ماضي محكماً وعضواً

4. د. قيس الشرايري. عضواً

مع خالص أمنياتي للجميع بالتوفيق والنجاح

المخلص

يرتكز موضوع الدراسة على بيان القانون الواجب التطبيق على عقود الاعتمادات المستندية من أجل توضيح تأثير القانون الدولي الخاص على هذا النوع من العقود في ظل قلة الدراسات القانونية حول هذا الموضوع ، حيث أن هذه الدراسة تطرقت إلى جانب هام يتمثل في بيان مدى كفاية قواعد الاسناد الواردة في القانون المدني الأردني في حكم عقود الاعتمادات المستندية والى جانب ذلك دراسة أو بيان ما يدعو إلى وضع قواعد قانونية لحكم هذا النوع من العقود لكي تتناسب مع طبيعته .

لقد عكفت هذه الدراسة على البحث في قواعد الإسناد الوطنية التي تنظم تنازع القوانين، في الاعتمادات المستندية التي تعتبر من عقود القانون الدولي الخاص التي تتطلب أعمال هذا النوع من القوانين، التي لم تكن كافية لحل المنازعات الناشئة عن عقود الاعتمادات المستندية الدولية الأمر الذي تطلب البحث عن وسائل واليات جديدة تستطيع تحقيق العدالة والمساواة بين المصالح المتعارضة بين الأطراف المتعاقدة، كما أن هذه الدراسة سعت إلى بيان أن اختلاف القواعد الموضوعية في القانون الداخلي الوطني وبين قوانين العديد من الدول قد أدى إلى ظهور مشكلة تنازع التكييفات مما كان له تأثير سلبي وواضح على عقود الاعتمادات المستندية الدولية وخصوصا في اختلاف الأحكام الصادرة التي تكون على الموضوع والسبب نفسه .

لقد توصلت الدراسة إلى عدة نتائج بالاستناد على التشريعات والقوانين والأعراف الدولية الموحدة من أبرزها، انه في حال عدم الاختيار الصريح والواضح للقانون الواجب التطبيق وفق منهجية والية حل النزاعات عبر (تنازع القوانين) التي لا ارى بديلا عنها في الوقت الحاضر لحل النزاعات الخاصة الدولية .

Abstract

The study is based on a summary statement of the law applicable to the contracts of credit in order to clarify the impact of international law on this type of contract in lack of legal studies on this topic, since this study touched on an important aspect is the adequacy of rules of attribution contained in the Jordanian civil law rule in decades credit besides a study or a reason to establish legal rules to govern contracts of this type I fit with nature.

This study has been to look at the rules of attribution of the national governing conflict of laws on documentary credits, which is one of the private international law contracts that require this type of work, which was not sufficient for the resolution of disputes arising from international credit contracts which required the search of new means and mechanisms can achieve justice and equality of the conflicting interests between the Contracting Parties, and this study sought to describe the difference in the substantive rules of domestic law and the laws of several States has led to the emergence of the problem of conflict of adaptations, which had a negative effect and clear the documentary credit contracts, especially in different sentences that are on topic and reason itself.

The study found multiple results based on legislation and common international laws and norms, notably, in the absence of explicit and clear check for applicable law in accordance with the methodology and mechanism for resolving disputes (conflict of laws), I see no alternative at present to resolve international disputes.

قائمة المحتويات

هـ	الإهداء
و	الشكر والتقدير
ز	الملخص
ط	الملخص باللغة الانجليزية
ك	قائمة المحتويات
1	الفصل الأول
2	أولاً: المقدمة
6	ثانياً: مشكلة الدراسة
6	ثالثاً: عناصر مشكلة الدراسة
7	رابعاً: سيتم تعريف المصطلحات التالية إجرائياً تبعاً لورودها في الدراسة:
8	خامساً: أهمية الدراسة
10	سادساً: حدود الدراسة ومحدداتها:
11	سابعاً: الأدب النظري والدراسات ذات الصلة
18	ثامناً: منهجية الدراسة وإجراءاتها
20	الفصل الثاني منهجية حل النزاع في عقود الاعتمادات المستندية الدولية
26	أولاً: مدى كفاية قواعد الإسناد الوطنية لحل مشكلة تنازع القوانين في الاعتمادات المستندية
27	أولاً:- تعريف الاعتمادات المستندي: سنتناول هذا التعريف في الفقه والقضاء والتشريع على النحو التالي :.....
27	أولاً : تعريف الاعتمادات المستندية
33	2. أطراف الاعتماد المستندي:.....
36	3. خصائص عقد الاعتماد المستندي :
73	ثانياً: تنازع التكييفات في الاعتمادات المستندية :
74	1.تعريف التكييف :
75	2.أهمية التكييف :
77	3.أنواع التكييف :
79	4.القانون الذي يحكم التكييف :
88	النظريات التي حكمت التكييف الاتفاقي :
91	3. موقف بعض التشريعات العربية والأجنبية من حرية الأفراد في اختيار القانون الذي تكييف الرابطة التعاقدية
93	5. نطاق تطبيق التكييف:
97	6. قصور النظريات في إجراء التكييف اللازم والضروري لمعرفة القانون الواجب التطبيق.....
98	7. مشكلة تنازع التكييفات:

100	8.تقدير الباحث للنظريات :
100	ثالثاً: الإحالة ودورها في الاعتمادات المستندية .
103	التعريفات :
104	أنواع الإحالة :
105	أسباب ظهور الإحالة :
106	مذاهب مناصري ومناهضي الإحالة:
109	نطاق الإحالة والقيود على تطبيقها :
109	قبول الإحالة كقاعدة عامة ترد عليها بعض الاستثناءات :
112	الإحالة بين قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية قبول أو رفض في بعض التشريعات العربية والتشريعات الأجنبية .
116	الإحالة في الاعتمادات المستندية :
118	ثالثاً : اثر الاسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع (التفويض).
118	تعريف التفويض.
119	مجال تطبيق القاعدة الخاصة بالتفويض .
123	موقف التشريعات العربية من التفويض:
126	الحالات التي لا يطبق فيها التفويض:
128	الفصل الثالث تنازع القوانين في الاعتمادات المستندية وفق النظرية الشخصية.
134	أولاً : ماهية ومضمون النظرية الشخصية ودورها في عقود الاعتمادات المستندية.
138	ثانياً :النتائج المترتبة على النظرية الشخصية وأثرها على استقرار المعاملات التجارية .
148	ثالثاً : مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في المنازعات المستندية .
148	رابعاً:قيود ترد على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق:
149	أ. النظام العام والآداب.
151	النظام العام في العلاقات الدولية وفي العلاقات الداخلية :
153	دور النظام العام في مجال تنازع القوانين :
155	شروط الدفع بالنظام العام :
155	اثر الدفع بالنظام العام.
159	ثانياً : التحايل على القانون :
161	تقدير فكرة التحايل على القانون الدولي الخاص:
163	أثر الغش على القانون في مجال التصرفات القانونية:
165	الجزاء المترتب على التحايل على القانون الدولي الخاص :
166	الدفع بعدم وجود صلة بين القانون الواجب التطبيق (المختار) وبين الرابطة التعاقدية :
171	موقف بعض التشريعات من النظرية الشخصية:
173	رابعاً: تطور وتبدل منهجية حل النزاعات في الاعتمادات المستندية الدولية .
176	قصور الية تنازع القوانين في حل مشكلة تنازع القوانين في الاعتمادات المستندية :
181	آليات ومنهاج في حل مشكلة تنازع القوانين .
192	نتائج البحث في أهم الآليات والمنهاج التي يمكن استخدامها لحل مشاكل تنازع القوانين.

194	ضوابط تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاعتمادات المستندية الدولية .
195	1.الاختيار الصريح للقانون الذي يحكم عقود الاعتمادات المستندية .
197	2.قانون الإرادة الضمنية :
205	3.القانون واجب التطبيق على عقد الاعتمادات المستندية حال عدم اختياره من قبل أطرافه :
207	الفصل الرابع تنازع القوانين في الاعتمادات المستندية وفق النظرية الموضوعية .
208	أولا : نظرية الاختيار التنازعي ومضمون و فوائد وأنواع هذه النظرية وتأثيرها على الاعتمادات المستندية .
211	ماهية نظرية الاختيار التنازعي:
213	2. موقف التشريعات من نظرية الاختيار التنازعي:
214	3.أنواع نظرية الاختيار التنازعي:
216	نظرية الاختيار التنازعي المقيد في الاعتمادات المستندية .
218	النتائج المترتبة على نظرية الاختيار التنازعي:
219	تقييم نظرية الاختيار التنازعي:
219	موقف التشريعات العربية من هذه النظريات :
220	ثالثا : نظرية التركيز الموضوعي وتأثيرها على عقود الاعتمادات المستندية .
221	مضمون نظرية التركيز .
223	فوائد ونتائج نظرية التركيز:
225	الانتقادات التي تعرضت لها لنظرية التركيز الموضوعي :
226	1.التركيز الموضوعي لعقد الاعتمادات المستندية عند عدم الاختيار :
229	ضوابط تحديد القانون الأوثق صلة بعقد الاعتمادات المستندية الدولية :
233	أنواع نظرية التركيز الموضوعي (الأداء المميز) :
236	مميزات هذه النظرية:
238	تطبيقات هذه النظرية:
239	الاستثناء على نظرية الأداء المميز :
241	نظرية الأداء المميز في ظل واقع الاعتمادات المستندية :
241	تطبيقات نظرية الأداء المميز على عقود الاعتمادات المستندية .
247	رابعاً: النتائج المترتبة على نظرية التركيز الموضوعي و تقييم نظرية التركيز الموضوعي في ظل الاعتمادات المستندية .
247	1. نتائج نظرية التركيز :
248	تقييم النظرية في ظل واقع الاعتمادات المستندية :
251	الفصل الخامس الخاتمة النتائج والتوصيات .
252	الخاتمة
256	أولا :- النتائج .
258	ثانيا :التوصيات.
260	قائمة المراجع .

الفصل الأول

أولاً: مقدمة الدراسة

ثانياً: مشكلة الدراسة

ثالثاً: عناصر مشكلة الدراسة

رابعاً: التعريفات المفاهيمية والإجرائية لمصطلحات الدراسة

خامساً: أهمية الدراسة

سادساً: محددات الدراسة

سابعاً: الأدب النظري والدراسات ذات الصلة

ثامناً: منهجية الدراسة وإجراءاتها.

الفصل الأول

أولاً: المقدمة

لقد أخذت الاعتمادات المستندية مكانة هامة ولعبت دوراً بارزاً في التجارة الدولية من خلال خصائصها وسماتها المميزة والفعالة التي ساهمت في دفع العملية التجارية وتطورها. لذلك شغلت بال الفقهاء والمشرعين للعمل على تنظيمها ووضع قواعد وأنظمة تكون قادرة على مواكبة التطور في هذه العقود والدفع بها إلى الأمام، وإزالة أي عوائق تعترضها وتعيقها عن القيام بالمهمة الموكلة إليها.

لم يكن الهدف من التعامل بالاعتمادات المستندية إضافة نوع جديد إلى عقود التجارة الدولية التي تعددت وكثرت، بل إن التجارة ابتدعتها من أجل الحاجة إلى نوع من التعاملات يكون قادراً على تحقيق الأمان والاطمئنان للأطراف المتعاملين بالتجارة الدولية التي عجزت العديد من العقود على تحقيق هذه السمات الفعالة والمميزة في دفع عجلة التقدم والازدهار في التجارة الدولية.

فالتعامل التجاري الدولي يتم في الأغلب الأعم بين أشخاص متباعدين مكانياً وزمانياً وقانونياً فلا يثق أحدهم بالآخر، ولا يستطيع أن ينال منه عند حدوث منازعة وخصومة، فتهدر الحقوق وتضيع الالتزامات وتتعلل المصالح، فتتوقف عجلة التطور، فهذه الأسباب كانت الدافع الباعث إلى قيام التجارة الدولية بالبحث عن هذه التعاملات التي تحقق ما يرنو إليه جميع الأطراف المتعاملين والمشتغلين بالتجارة الدولية.

إن التعامل التجاري عندما ينشأ بين البائع والمشتري فإن البائع يقع عليه التزام بتسليم البضائع إلى المشتري أو من ينوب عنه، ويلتزم المشتري بدفع الثمن إلى البائع مباشرة ولكن في التجارة الدولية فإن البائع والمشتري لا يعرفان بعضهم ولا يوجد تعامل مسبق فتتعدم الثقة بينهما فيخاف البائع أن يقوم بتسليم البضاعة إلى المشتري الذي يوجد بينهما بعد مكاني فلا يقوم بتسليم مبلغ البضاعة، وبالمقابل تخوف المشتري من قيامه بالالتزام بدفع الثمن،

فيمتنع البائع عن تسليم البضاعة فتنشأ المنازعات والخصومات، والبحث عن القانون الواجب التطبيق فهل نطبق قانون دولة المشتري أم نطبق قانون دولة البائع .

لذلك كان لابد من وجود حماية لهم ولمصالحهم المتعارضة المتضاربة، التي تم تحقيقها من خلال قيام وسيط يستطيع تحقيق هذه الغايات، وهذا الوسيط يجب أن يوفر الاطمئنان لكلا الطرفين خلال ملاءته المالية والقدرة على التعامل في التجارة الدولية، إضافة إلى الخبرة الواسعة في هذا المجال التي تمكنه من القيام بدور الوسيط والذي احتلت فيه البنوك المصرفية التجارية هذا الدور بفعالية وتميز على مر العصور الحديثة.

وعلى الرغم من هذه الأهمية التي اكتسبها الاعتماد المستندي إلا أن الاهتمام التشريعي في القانون الأردني وبعض القوانين المقارنة لم يكن بشكل كاف وواضح، مما جعل الأوضاع القانونية التي تنظمه تتباين من دولة لأخرى، وهذا الاختلاف في التشريعات، والقصور والنقص وعدم تنظيمه في بعض الدول أوجد عدم استقرار في المعاملات لدى المتعاقدين التجار والمصارف على حد سواء.

أضف إلى ذلك قصور القواعد والأعراف في تنظيمهما للاعتمادات المستندية لم تأت على تنظيم جميع المسائل التي بقي بعضها عالقا بدون تنظيم كما أن عدم إلزامية هذه القواعد وترك أمر الخضوع لها من عدمه لإرادة أطراف التعاقد يترتب عليه عدم استقرار المعاملات نتيجة قيام تنازع القوانين.

وعليه فإن هذا النوع من المعاملات التي تعدد فيه أطراف التعامل التجاري الدولي كان السبب في تعدد القوانين والأنظمة، حيث إن وجود البائع في دولة لها انظمه وقوانين تختلف عن أنظمة وقوانين دولة المشتري كما أن البنك الوسيط الذي اختاره احد الطرفين قد يختلف عن قوانين وأنظمة كل من البائع والمشتري .

هذا الاختلاف والتضارب في القوانين النازمة من دولة إلى أخرى، أخرج التعامل من النطاق الداخلي للدولة وسيادتها إلى نطاق القانون الدولي الخاص بسبب وجود العنصر الأجنبي، مما يتطلب قيام البحث عن أفضل القوانين لحكم هذه العلاقة والتي تتم من خلال منهجية قواعد الإسناد، والتي تتم من خلال إسناد هذا النوع من التعاملات إلى قانون دولة معينة بعد إجراء التكييف الضروري من أجل تحديد ضابط الإسناد الذي يضع هذا النوع ضمن قاعدة تم تحديدها مسبقاً.

والمشرع الأردني كغيره من المشرعين اوجد حلولاً للعلاقات القانونية من خلال الأداة الاستثنائية (قواعد الإسناد) لحل مشاكل تنازع القوانين في العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي ضمن التشريعات المقننة في القانون المدني الأردني الذي وضع قاعدة للإسناد للالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية: والتي نصت المادة (1/20) فيه على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلفا سري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك" ويتضح من ذلك أن المشرع الأردني قد اعتد أساساً بالإرادة الصريحة كضابط للإسناد في الالتزامات التعاقدية، فما دامت هذه الإرادة هي التي أنشأت العقد ووضعت شروطه وأحكامه، فإنه لا يوجد ما يمنعها من اختيار القانون الذي يحكم هذا العقد.

إلا أن هذه المنهجية والأداة الاستثنائية لحل مشكلة تنازع القوانين في الاعتمادات المستندية، لم تكن كافية وإنما النقص والقصور كان سمة من سماتها، ومن هذا القصور كان إطلاق العنان لحرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق، هذه الحرية وعدم التقيد كان الدافع بالسماح لبعض المتعاقدين القيام بالتلاعب والغش والاحتيال في اختيار القانون الذي يمكنهم من التهرب من الالتزامات المترتبة عليهما هذا بالنسبة للالتزامات التعاقدية التي يكون ضابط الإسناد فيها الإرادة الحرة، كما أن

قصور

هذه المادة التي لم تعالج الإرادة المنفردة التي يستطيع البنك من خلالها اختيار القانون الواجب التطبيق دون الاعتداد بإرادة الطرف المستفيد الذي يخضع لإرادة البنك من خلال خطاب الاعتماد الذي يتم إعلانه بأنه قد قام بفتح الاعتماد المستندي بناء على طلب الأمر وأن عليه القيام بتسليم المستندات المطابقة لشروط خطاب الاعتماد حتى يتم صرف المبلغ المتفق عليه؛ هذه الحرية وهذه السيطرة جعلت الطرف الآخر ملتزماً بقرار البنك باختيار القانون الواجب التطبيق، الأمر الذي يؤدي إلى تغليب مصلحة البنك على مصالح الآخرين، متناسياً حقوق الآخرين .

أما بالنسبة للالتزامات غير التعاقدية فإنه وحسب القانون المدني الأردني في المادة (22) قد اعتبر على الأرجح بأن قانون البلد الذي وقعت فيه الحادثة المنشئة للالتزام هو القانون الواجب التطبيق.

وبناء على ماسبق فإن اختلاف قواعد الإسناد بين المسؤولية العقدية، والمسؤولية التقصيرية، يؤدي إلى اختلاف القانون الواجب التطبيق وهذا الأمر يرتب نتائج بالغة الخطورة تتمثل بأنه يحق للمستفيد أو الأمر (بفتح الاعتماد الحق) إقامة الدعوى على البنك على أساس من المسؤولية العقدية أو من المسؤولية التقصيرية، فإن ضابط الإسناد المختلق سيؤدي إلى تطبيق قوانين وأنظمة مختلفة ومغايرة الأمر الذي يؤدي إلى ضياع الحقوق ويكون للمستفيد الحرية في اختيار الأساس الذي يحق له إقامة الدعوى مما يترتب عليه حرية في البحث الذي يحقق مصلحته بغض النظر عن مصالح الأطراف الأخرى، لذلك فإن وضع الحلول لتنازع القوانين في الاعتمادات المستندية وخصوصاً أن ضوابط الإسناد أمر في غاية الأهمية من أجل حل المنازعات التي تنشأ عن هذه العلاقات، فالدراسة العلمية تكشف أن تحديد القانون الواجب التطبيق يرتب نتائج وأثاراً في غاية الأهمية على محل العملية العقدية وذلك بسبب ارتباط تنفيذ العقد أو عدم تنفيذه وتقويم الالتزامات المتقابلة في العقد يتوقف على تحديد القانون الواجب التطبيق، ومدى إمكانية تعديل شروطه

لهذا جاءت هذه الدراسة من أجل الاطلاع على مواطن الضعف والقصور والنقص في قواعد القانون الأردني الذي نظم الاعتمادات المستندية ضمن قواعد القانون الدولي الخاص ومحاولة إيجاد الحلول المناسبة لها، والاطلاع على مواطن القوة والعمل على محاولة تدعيمها بالأفكار والاقتراحات التي تستفيد منها وتطورها.

هذا الموضوع وهذه التساؤلات يجد ما يبرره في قلة الدراسات القانونية المنشورة في الأردن ووجد ما يستدعي عرضه بسبب ما يثار من مشكلات متعددة في الواقع الأردني تتسع رقعتها، وبعضها معروض أمام القضاء ومن هنا تأتي أهمية هذا الموضوع باقتراح قانون ينظم تنازع القوانين في الاعتمادات المستندية.

ثانياً: مشكلة الدراسة

إن الغرض من هذه الدراسة بيان مدى كفاية قواعد الإسناد الوطنية لتحديد القانون الواجب التطبيق لفض منازعات عقود الاعتمادات المستندية وفقاً لأحكام القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، وبيان فيما إذا كانت هذه القواعد كافية وملائمة للتطبيق على النزاعات الخاصة بعقود الاعتمادات المستندية أم أنها بحاجة لإجراء بعض التعديلات أو الإضافات .

ثالثاً: عناصر مشكلة الدراسة

ستجيب هذه الدراسة على التساؤلات الرئيسة الآتية:

1. هل تخضع مشكلة تنازع القوانين في الاعتمادات المستندية لقواعد القانون الدولي الخاص أو انتهاك قواعد وأحكام خاصة تنظمه ؟

2. ما مدى كفاية القواعد القانونية في التشريعات الأردنية التي تنظم تنازع القوانين في الاعتمادات المستندية ؟

3. ما مدى كفاية طرق حل النزاعات الخاصة الدولية في حل مشكلة تنازع القوانين في الاعتمادات المستندية ؟

4. هل توحيد القواعد الموضوعية في مسألة الاعتمادات المستندية يؤدي إلى إلغاء التنازع بين القوانين في هذه المسألة ؟

5. ما مدى تأثير اختلاف قواعد الإسناد في حل مشكلة تنازع القوانين في الاعتمادات المستندية ؟

6. هل قواعد الإسناد بين الدول موحدة مما يترتب عليها حل مشكلة تنازع القوانين ؟

رابعاً: سيتم تعريف المصطلحات التالية إجرائياً تبعاً لورودها في الدراسة:

الاعتمادات المستندية: تعهد صادر من البنك بناء على طلب العميل (ويسمى الأمر أو معطي الأمر) لصالح الغير المصدر (ويسمى المستفيد)، يلتزم البنك بمقتضاه بدفع أو قبول كمبيالات مسحوبة عليه من هذا المستفيد، وذلك بشروط معينة واردة في هذا التعهد ومضمون برهن حيازي على المستندات الممثلة للبضائع المصدرة". (البارودي، علي، 376).

الأمر: الذي يطلب من البنك فتح الاعتماد المستندي وفي الغالب الأعم قد يكون المشتري (The Buyer) للبضائع أو الخدمات وقد يُعرّف أيضاً بالمُستورد (Importer). ونُسميه منذ هذه اللحظة بطالب فتح الاعتماد (Applicant). (الكيلاني، محمود، ص175).

البنك: الوسيط الذي يقوم بفتح الاعتماد المستندي و هو الممول والذي يقوم بدفع قيمة الاعتماد المستندي والبنك طالب فتح الاعتماد (The Applicant's Bank) أيضاً يُسمى البنك مُصدر الاعتماد (Issuing Bank) وهو الطرف الذي يُصدر الاعتماد المستندي لصالح المستفيد. ونُسميه منذ هذه اللحظة البنك مصدر الاعتماد". (الكيلاني، محمود، ص176).

المستفيد: وهو " البائع الذي تعهد له المشتري في عقد البيع بفتح اعتماد بالثمن لصالحه والذي يلتزم البنك المنشئ قبله مباشرة عند تنفيذ الاعتماد " (العكيلي، عزيز ، ص 427) .
المستفيد يُسمى أيضاً المُصدّر (Exporter) ومنذ هذه اللحظة نُسَميه المستفيد (Beneficiary) (الكيلاي، محمود، ص 176) .

تنازع القوانين: وهي "اختيار أفضل القوانين المتراحمة لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي " (البستاني، سعيد، ص 97).

قواعد الإسناد: " قواعد قانونية وطنية من صنع المشرع الوطني لا تعطي الحل المباشر للنزاع وإنما ترشد وحسب القانون الذي يجب تطبيقه باعتباره أكثر القوانين اتصالاً بالعلاقة. (منصور، العجوز، ص 90) .

خامساً: أهمية الدراسة

تكمن أهمية هذه الدراسة والتي تتناول مدى كفاية قواعد الإسناد الوطنية لتنظيم الاعتمادات المستندية الدولية من عدة جوانب، تتمثل بالبحث عن مدى كفاية قواعد الإسناد الوطنية في فض الخلافات الناتجة عن عقود الاعتمادات المستندية الدولية؛ لأن موضوع الدراسة على اتصال مباشر بالعديد من القوانين منها القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي الذي يفضي إلى مخزون الدراسات العلمية الشيء الكثير وتحقيقاً لهذه الغاية وأمام قلة الدراسات المتصلة والمتعلقة بهذا الموضوع فإن هذه الدراسة تبحث الجوانب الآتية:

1. ارتباط موضوع الدراسة بالقانون الدولي الخاص والتجارة الدولية ووسائل الدفع في التجارة الدولية، التي حظيت بها من اهتمام فقهي وتشريعي على مر العصور والأزمنة.

2. بيان الآليات والمناهج المستخدمة للوصول إلى القانون الأنسب لحكم العلاقات الناشئة عن الاعتمادات المستندية الدولية، وحصر أفضل هذه الآليات التي تناولت كيفية التوصل إلى أفضل القوانين لحكم هذه العلاقة الدولية، ومحاولة جمعها، واستخلاص أحكامها ومفاهيمها القانونية منها والتعرف على السياسة التشريعية التي انتهجها المشرعين بشأن التوصل إلى أفضل القوانين التي تحكمها، فضلا عن بيان الآثار القانونية المترتبة على هذه الآليات التي تؤثر في استقرار المعاملات لهذا النوع من التعاملات.

3. بيان انعكاسات منهجية تنازع القوانين على صعيد التطبيقات القضائية بالإضافة إلى كثرة التعقيدات أو تعدد التفسيرات، أو من مجانية للصواب في فهمها أو في تطبيق أحكامها وما يستدعيه ذلك من وجوب التوقف عندهما وإمعان النظر فيها بقصد تقديم اقتراحات وتوصيات عملية؛ تعيين المشتغلين على التعامل معها بصورة تساعد على تطويره، من خلال إزالة العقبات التي تواجهها الحياة العملية .

4. بيان أهم النظريات التي حكمت هذا النوع من التعاملات و مدى انسجامها لهذا النوع من العلاقات الذي يقوم بمجمله على تطبيق قانون الإرادة.

5. كثرة القواعد والقوانين الناظمة في بعض الأجزاء لموضوع الدراسة وقلتها في الأجزاء الأخرى. سيتم في هذه الدراسة حصر هذه الأجزاء والتشريعات ومحاولة جمع بعض النصوص القانونية التي توافق متطلبات الدراسة، والتي لها علاقة بموضوع الدراسة، منها وتصنيفها ودراستها وتحليلها من أجل العمل والبحث عن أفضل القواعد التي ينتج عنها استقرار المعاملات التجارية الدولية.

6. ارتباط موضوع الدراسة بمجالات لها تأثير واضح على نمو الحياة الاقتصادية الدولية التي تؤثر على شتى مناحي الحياة السياسية والاجتماعية والثقافية .

وهذا ما تسعى إليه الدراسة في النهوض في هذه المجالات التي تعين المعنيين على فهم الأسس والمفاهيم التي تقوم عليها عقود الاعتمادات المستندية الدولية.

7. قلة الدراسات نوعا ما في هذا المجال، بالإضافة للمراجع القانونية التي تناولت موضوع أثر تنازع القوانين في الاعتمادات المستندية الدولية .

8. رقد المكتبة القانونية العربية بدراسة تعنى بموضوع أثر تنازع القوانين في الاعتمادات المستندية الدولية على استقرار المعاملات التجارية الدولية، بجانبه القانوني والعلمي، مع تقديم التوصيات والمقترحات المفيدة للمشرع ولكل من له صلة بموضوع البحث.

سادساً: حدود الدراسة ومحدداتها:

أولاً : حدود الدراسة

1.الحدود الموضوعية:

تقتصر هذه الدراسة على بيان القواعد القانونية التي تحكم تنازع القوانين في الاعتمادات المستندية في القانون الأردني والقانون المقارن، ومدى كفاية قواعد الإسناد في تنظيم الاعتمادات المستندية في المنازعات الناشئة .

ثانياً: محددات الدراسة

2.محددات مكانية:

سيتم بحث موضوع هذه الدراسة في كل حالات تنازع القوانين في الاعتمادات المستندية التي يكون احد طرفيها أردنياً، وبما أنها دراسة مقارنة سيتناول الباحث القوانين والأنظمة والتشريعات في العديد من الدول العربية والأجنبية.

3. محددات زمانية : سيتعرض الباحث إلى هذا الموضوع من خلال:

القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.

القانون المدني العراقي ذي الرقم (40) لسنة 1951 .

القانون المدني المصري ذي الرقم (131) لسنة 1948 .

القواعد والأعراف الموحدة المتعلقة الاعتمادات المستندية رقم (600) لسنة 2007.

بعض القوانين العربية والاجنبية

سابعاً: الأدب النظري والدراسات ذات الصلة

لقد كان لموضوع تنازع القوانين بوجه عام اهتمام بشكل كبير للمشتغلين في البحث في موضوعات الشريعة والقانون، وعلى العكس لم تحظ الاعتمادات المستندية بذات الاهتمام الفقهي والتشريعي من قبلهم كما هو في موضوع التنازع .

وقد اطلع الباحث على ما أمكنه من الدراسات والمراجع التي تناولت التنازع بشكل عام والتي عنيت في معظمها ببعض الجوانب العديدة لهذا الموضوع، وذلك في نطاق البحث عن مدى كفاية قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص في حل مشكلة تنازع القوانين في الاعتمادات المستندية ومدى تأثيره على استقرار المعاملات التجارية الدولية .

وحتى تتضح معالم موضوع هذه الدراسة، فقد اطلع الباحث على عدد من الدراسات التي تطرقت لجزئية من هذه الموضوع وهي :

أولاً: الدراسات العربية:

1. الزعبي (200)، "رسالة ماجستير بعنوان مسؤولية المصرف المصدر في الاعتماد المستندي - دراسة مقارنة وفقاً لأحكام النشرة 500". تناولت هذه الدراسة مسؤولية المصرف المصدر في الاعتماد المستندية، من خلال التعرف على التزامات المصرف مصدر الاعتماد وما يترتب على الإخلال بها من وقوع المسؤولية العقدية في حقه، وأحياناً المسؤولية التصويرية، سيستفيد الباحث من هذه الدراسة إن حق المستفيد أو الأمر بفتح الاعتماد الرجوع على البنك في حال الإخلال بشروط العقد على أساس المسؤولية العقدية أو التصويرية.

تختلف دراسة هذا البحث عما ذكر في الدراسة السابقة أنها ستتناول شيئاً من تفصيل أثر الحرية في اختيار الأساس الذي يتم على أساسه تحديد مسؤولية المصرف تجاه المستفيد أو الأمر بفتح الاعتماد هذا الحرية في الاختيار يترتب عليها الاختلاف في قواعد الإسناد الذي ينتج عنه اختلاف الحلول لحكم هذه العلاقة. كما أن الدراسة السابقة تناولت المسؤولية حسب النشرة (500) بينما الدراسة الحالية تتناول أساساً القانون الأردني والنشرة (600)، والقوانين المقارنة مثل اللبناني والعراقي أضف أن النشرة (500) قد أعفت البنك المعزز من المسؤولية العقدية أو التصويرية وهذا مخالف للقواعد العامة التي اعتبرت البنك المعزز نائب وقائم بأعمال البنك مصدر الاعتماد وبالتالي تقوم عليه أنواع المسؤولية.

2. السعيد (2007). "العلاقة التعاقدية بين أطراف عقد الاعتماد المستندي". هدفت هذه الدراسة إلى البحث في العلاقة القانونية التي تربط أطرافها ببعضها البعض، مستندة بذلك على التشريعات والقوانين والنشرات والأعراف الموحدة الدولية، وقد تضمنت الدراسة الاعتماد المستندي وتنظيمه القانوني، متضمنة أهم الآراء الفقهية والقضائية والتشريعية، وتعرضت أيضاً لأهميته وفوائده.

لقد توصلت هذه الدراسة إلى وجود صعوبات قضائية حيث أطراف عقد الاعتماد المستندي في الغالب لا يخضعون لقانون واحد لاختلاف الجنسية فيما بين أطرافها، وصعوبة تحديد المحكمة المختصة إلا بناء على الاتفاق المسبق بين أطراف العلاقة.

سيستفيد الباحث من هذه الدراسة في تحديد الطبيعة القانونية وفي وضع هذا الصنف ضمن الأصناف التي حددتها قواعد الإسناد حيث إن تحديد قاعدة التنازع لا يتم إلا بتحديد طبيعة المسألة التي تتنازع القوانين حكمه، حيث أنه من الصعب معرفة القانون الواجب التطبيق الأبعد القيام بتحليل المسألة المطروحة، وبيان أوصافها وخصائصها ومعرفة طبيعتها لوصولها بطائفة من الطوائف القانونية التي خصص لها المشرع قاعدة إسناد. كما أن هذه الدراسة التي تحدثت عن تعدد الآراء الفقهية حول علاقة البنك فاتح الاعتماد بالبنوك الوسيطة والتي خلصت إلى أن العلاقة بينهما هي علاقة وكالة، حيث إن البنوك ملتزمة بتنفيذ تعليمات فاتح الاعتماد.

تختلف دراسة هذا البحث عما ذكر في الدراسة السابقة أنها ستتناول المقارنة بين القوانين الأردنية التي نظمت هذا النوع من التعاملات مع بعض القوانين الأخرى من أجل الوقوف على الجوانب التي تم تنظيمها والتي لم يتم تنظيمها، ومدى كفاية هذه القوانين في حل المنازعات الناشئة في الاعتماد المستندية.

أضف إلى أن هذه الدراسة تبين أثر عدم اتفاق الفقهاء على تحديد الطبيعة القانونية للاعتمادات المستندية الذي يترتب عليه نشوء تنازع في التكيف الأمر المؤدي إلى اختلاف قواعد الاسناد بين الدول المؤدي لاختلاف الحلول المترتب عليها عدم الأخذ بقانون واحد لكي يطبق على النزاع نفسه، حيث إن التداخل بين عناصر الأفكار المسندة والأصناف القانونية يؤدي إلى اختلاف الحلول وظهور تعقيدات لتوحيد قواعد الحلول .

3. الهادي, (2008).المشاكل لقانونية الناجمة عن تنفيذ الاعتماد المستندي المعزز في ضوء الأعراف الدولية الموحدة للاعتمادات المستندية".

هدفت هذه الدراسة إلى بيان طبيعة ومضمون العلاقة العقدية بين البائع والمشتري التي على أساسها تم فتح الاعتماد المستندي وتعزيز ما يترتب على الإخلال بشروط هذا الاعتماد من مسؤولية عقدية كقاعدة عامة ومسؤولية تفصيلية استثناء بالنسبة لكل من المصرف ففتح الاعتماد والمصرف المعزز. كما سعت هذه الدراسة إلى بيان أن للأطراف في عقود الاعتماد المستندي الاتفاق على ما يخالف القواعد والأعراف الدولية الموحدة سواء كلياً أم جزئياً.

كما يجوز الاتفاق على عدم خضوع الاعتماد المستندي إليها وتوصلت إلى أن هذه القواعد رضائية اتفاقية وليست ملزمة.

سيقوم الباحث بالاستفادة من الشروح التي وردت في هذه الدراسة لإيضاح أن الاعتماد المستندي المعزز يترتب للمستفيد حقين مجتمعين، حقاً ضد البنك المعزز، وحقاً ضد البنك الفاتح، الأمر الذي يترتب عليها معرفة أن القانون الذي يطبق على البنك الفاتح يختلف عن القانون المعزز .

كما يستفيد الباحث من هذه الدراسة معرفة ما توصلت إليه من كثرة المنازعات القانونية المتعلقة بالاعتمادات المستندية، والتي تشكل مصدر قلق للمصارف من جهة ولفاتحي الاعتماد المستندية من جهة أخرى، خاصة وأن البنوك تتعامل بالمستندات ولا تتعامل بالبضائع وهي بالنتيجة تؤدي إلى حدوث الخلافات والمنازعات التي تتطلب معرفة القانون الواجب التطبيق في حال نشوء الخلافات والمنازعات.

لم تقم هذه الدراسة ببيان في حال عدم قيام البنك مصدر الاعتماد المستندي بتحديد القانون الواجب التطبيق في حال نشوء خلاف أو منازعات فهل يسري ذلك على البنك المعزز أضع إلى أن هذه الدراسة ستوضح قيام تعدد ضوابط الإسناد الأمر المؤدي إلى تنازع

في ضوابط الإسناد وتعقيدات وصعوبات في تطبيق القانون الواجب التطبيق وهذا سيتم بحثه في هذه الدراسة التي سنتناول بيان وتوضيح أن لكل مرحلة من مراحل عقد الاعتماد المستندي يمكن أن يطبق قانون مختلف عن الآخر، حيث إن عقد البيع يطبق قانون يختلف عن قانون عقد فتح الاعتماد، بالإضافة إلى أن قانون تسليم البضاعة وانتقالها من دولة إلى أخرى وخصوصاً في حال تعدد انتقال البضاعة .

فبناء عليه تعدد القوانين الناظمة، كما أن استقلال عقد البيع عن عقد الاعتماد المستندية وإعطاء الحق للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق والذي يؤدي إلى حالة من استغلال القانون للتحايل والغش والتهرب من الالتزامات، كل هذا سيتم مناقشته وبحثه في هذه الدراسة، الذي يحتاجه هذا النوع من التعاملات.

ثانياً: الدراسات الأجنبية:

1. أجرى جيمس، (2007) دراسة بعنوان: CREDIT Practice "in Letter Negotiation

of ."and Law: The Evolution of the Doctrine

الممارسة والتطبيق العملية في خطاب الاعتماد المستندي : تطور من نظرية البروفيسور جيمس هاء - بايرن * مجرد مفهوم التفاوض في خطاب الاعتماد القانون قد تطورت من أطرافهم من قانون الصكوك القابلة للتداول إلى مستقلة كثيراً ما تغير الافتراضات الأساسية للصكوك القابلة للتداول. عالج فيها مرحلة تقديم الوثائق والمستندات المطلوبة إلى البنك للقيام بصرف المبلغ المتفق عليه بخطاب الاعتماد، وقد أطلق على هذه المرحلة الدعوة للتفاوض، حيث يقوم البنك بدراسة هذه الوثائق ومطابقتها لها، وفي هذه الحالة له أن يرفض أو يقبل هذه المستندات بعد إجراء الدراسة عليها خلال فترة زمنية يتم الاتفاق عليها.

تختلف دراسة هذا البحث عما ذكر في الدراسة السابقة أن دراستنا ستتناول البحث في القانون الذي يحكم هذه المرحلة في حال نشوء نزاع وخصوصاً في حال قيام البنك برفض هذه المستندات إذا كانت مطابقة للشروط الموجودة في خطاب الاعتماد، فهل تطبق قانون دولة البنك أم قانون دولة البائع و ماهو المحدد الأساسي للقانون الواجب التطبيق وفق التشريع الأردني في مثل هذه الحالة.

2. جاءت دراسة (Muneer،2011)، بعنوان: "The Legal Basis for the odocumentarily

Credit Encountering the Beneficiary of the Credit in the Light of the

Unified Convention Bulletin 600"(الأساس القانوني لعلاقة البنك بالمستفيد وفقاً للنشرة

600). يهدف هذا البحث إلى معرفة الأساس القانوني للالتزام البنك مصدر الاعتماد المستندي في

مواجهة المستفيد من فتح الاعتماد وتحليل ذلك ضمن الأصول والأعراف الموحدة الصادرة عن غرفة

التجارة الدولية بباريس. وبينت هذه الدراسة أن الأساس القانوني للالتزام البنك هو العقد الأساسي بين

كل من البائع والمشتري وبناء على ذلك يتضح دور البنك في قبوله وتعهده بفتح الاعتماد بناء على

التعليمات التي تلقاها من المشتري الأمر وأن البنك يصبح ملزماً في مواجهة المستفيد بقيمة الاعتماد

بمجرد وصول تبليغ الاعتماد لهذا الأخير. ورغم هذه العلاقات بين أطراف الاعتماد المستندي إلا أن

التزام البنك مستقل عن العقد المبرم بين المستفيد والمشتري الأمر وكذلك فإن البنك مطالب بالتزام

المطابقة الظاهرية للمستندات المقدمة من المستفيد ويقضي التزامه هذا تنفيذ التعليمات التي تلقاها من

المشتري الأمر في نصوص الاعتماد وعدم قبول أي مستندات مخالفة وأن تكون هذه المستندات هي

التي نص عليها الاعتماد. ويلتزم البنك بنقل المستندات إلى المشتري الأمر، ذلك أن أطراف الاعتماد

تتعامل بالمستندات ولا تتعامل بالبضائع وعليه فإن البنك يقوم بفحص المستندات ومن ثم يقوم بنقلها

إلى المشتري الأمر.

تختلف دراسة هذا البحث عما ذكر في الدراسة السابقة أنها ستتناول، القانون الواجب التطبيق في حال نشوء خلاف أو منازعة والبحث في الأساس القانوني الذي يتم من خلاله تحديد القانون الواجب التطبيق إذا ما علمنا أن كل مرحلة من هذه المراحل لها قاعدة إسناد تختلف عن الأخرى وإن أثر هذا الاختلاف يؤدي إلى اختلاف في الحقوق بين ضياعها أو ارتفاع قيمة التعويض أو خسارة نتيجة اختلاف قاعدة الإسناد التي تشير إلى تطبيق قانون معين .

3. دراسة (Yanan, 2011) دراسة بعنوان "LETTER OF CREDIT: Fraud in China".:

Be Considered (الغش في الاعتمادات المستندية في الصين) عالج فيها استقلال عقد البيع الأصلي عن عقد الاعتماد المستندي وأن كل منهم له استقلاله الذاتي عن الآخر، وأثر هذا الاستقلال في اكتساب الحقوق والواجبات وأن علاقة البنك بالمستفيد هي علاقة تعاقدية من خلال خطاب الاعتماد المستندي، وعدم فسخ هذا العقد إذا كان عقد البيع الأصلي باطل.

تختلف هذه الدراسة عما ذكر في الدراسة السابقة أنها ستتناول بشكل معمق أثر هذا الاستقلال في تحديد القانون الواجب التطبيق على الاعتماد المستندي، من حيث إن قاعدة الإسناد في عقد البيع الأصلي تختلف عن قاعدة الإسناد في الاعتماد المستندي وستتم هذه الدراسة من المنظور التشريعي الأردني.

4. دراسة (Rodrigo,2011) بعنوان "FORWARD UCP 500 TO 600: A":

MOVEMENT (تطور النشرة 500 إلى النشرة 600).

تناولت هذه الدراسة أهم التعديلات التي اندرجت في نشرة 600 للأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية حيث شملت هذه التغييرات، على وجوب إخضاع أي اعتماد إلى قواعد الاعتماد المستندي لكي يعتبر خاضعا لها، خلافا للنشرة 500 من الأصول والأعراف الموحدة ، كما تم التعديل على التزامات البنك المصدر والمعزز ليكون لصالح المستفيد والبنك المسمى في الاعتماد .

لقد جاءت هذه التعديلات لمعالجة القصور والنقص في الاعتماد السابقة التي تم اكتشافها من خلال التطبيق العملي لها.

إن هذه الدراسة تختلف عما ذكر في الدراسة السابقة أنها تتناول الآثار المترتبة عن الاختلاف في القواعد والأصول والأعراف الموحدة بين النشرتين وخصوصاً إذا ما علمنا أن بعض الدول لا زالت تطبق النشرة(500)، هذا الاختلاف وهذا التضارب بالأصول والأعراف الموحدة خلق حالة من اختلاف التفسيرات في القضاء الداخلي الذي حاد بالغاية والهدف الذي وضعت من أجله الأصول والأعراف الموحدة مما خلق فراغ ونقص في تنظيمها الأمر الذي يتطلب الرجوع إلى قواعد الإسناد من أجل تنظيم المنازعات والخلافات الناتجة عنها .

ثامناً: منهجية الدراسة وإجراءاتها.

يتم تناول موضوع تنازع القوانين في الاعتمادات المستندية من خلال بيان مدى قدرة وكفاية هذه القواعد في القانون الدولي الخاص في التوصل إلى القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن هذه العقود وذلك من خلال إتباع المناهج الآتية:

1. المنهج التحليلي: والذي من خلاله سيقوم الباحث بعرض منهجية حل النزاعات الخاصة الدولية في حل مشكلة الاعتماد المستندية الدولية في حال نشوء خلافات ومنازعات عبر تقنية تنازع القوانين من خلال نصوص القوانين، وذلك لبيان مدى كفاية أو عدم كفاية نصوص قواعد الإسناد الوطنية الأردنية من جهة، وقوانين وقواعد الإسناد في الدول المختلفة من جهة أخرى، وكيفية الاستفادة منها في قواعد الإسناد الأردنية ومن ثم محاولة تحليل هذه القواعد والمنهجيات مع تفسير أوجه الغموض أو الالتباس إن وجدت، مع الاستعانة بما استقرت عليه الاجتهادات الفقهية والقضائية بهذا الخصوص.

2. المنهج المقارن: سيعتمد الباحث في هذه الدراسة على تحليل قواعد الإسناد في القانون المدني الأردني والقوانين ذات الصلة، والغاية من هذا المنهج معرفة مواطن الخلل والقصور، ومحاولة الاستفادة من الآراء والاجتهادات التي تحمل في طياتها حلولاً ومقترحات لمعالجة بعض الحالات التي يستوجب وضع حد لها، خصوصاً وأني أجد بعض القوانين التي تساهم في عمليات الغش والخداع والتلاعب؛ وذلك لأن قواعد الإسناد بالنسبة لحرية وإرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق قد اختلفت بين محرر لهذه الإرادة وآخر مقيد.

3. المنهج الوصفي: وسيتعرض الباحث من خلاله لقواعد واليات ومناهج التنازع ومدى كفايتها في حل مشكلة تنازع القوانين في الاعتماد المستندية بالإضافة إلى وصف المراكز والحالات القانونية التي تخطت الحدود الدولية للاعتمادات المستندية التي استدعت وجود هذه المنهجية، وهذا النظام القانوني الخاص الذي يحكمها وما هو موقف الفقه والقضاء بخصوص هذا الموضوع ووصف الأحكام القانونية التي تنظمها، وأهم المعايير المعتمدة في تصنيفها، وتقييم هذه الأحكام القانونية والمعايير والسياسة كما ستصف هذه الدراسة الواقع التطبيقي القضائي لبعض الأحكام المتعلقة بتنازع القوانين والآثار القانونية المترتبة على ذلك.

الفصل الثاني

منهجية حل النزاع في عقود الاعتمادات المستندية الدولية

الفصل الثاني

منهجية حل النزاع في عقود الاعتماد المستندي الدولية

احتلت الاعتماد المستندية أهمية كبرى في مجال التجارة الدولية هذه المكانة البارزة جاءت من طبيعته المميزة بقيام البنك بإصدار الاعتماد المستندي الذي يحل محل البائع والمشتري وفقا لعقد البيع بينهما وما يفرضه من التزامات، من أجل التوفيق بين حاجات البائع والمشتري الموجودين في بلدين مختلفين بوصفه وسيلة مضمونة لتسوية المدفوعات الناجمة عن عقود التجارة الدولية تعمل على تأمين مصالح كل من البائع والمشتري .

وتعتبر الاعتماد المستندية الوسيلة المحققة لغايات كل من البائع والمشتري، حيث إن تدخل البنك بمواجهة المستفيد المتمثل بالتعهد الصادر منه للمستفيد من أجل ضمان حقه، هذا التعهد يصدر بناء على طلب من العميل الأمر بفتح الاعتماد يحقق لكل من الطرفين مصالحهم المتعارضة المتضاربة. (مراد، عبد الفتاح، ص 101) .

إن دور البنك يقتصر على مطابقة المستندات التي يقدمها المستفيد وفق الشروط المنفق عليها في خطاب الاعتماد ، هذا الدور يقتصر فقط على المطابقة الظاهرية لخطاب الاعتماد المرسل إلى البائع مع المستندات المقدمة من البائع، الذي يتمكن البنك بناء عليه من القيام بالالتزام المترتب عليه تجاه المستفيد وهذا الالتزام هو أساس عملية الاعتماد المستندية من أجل تحقيق الثقة لكل من الأمر والمستفيد من فتح الاعتماد.(العكيلي، عزيز، ص 437) .

إن دور البنك تجاه المستفيد الذي هو التزام مباشر لم ينشأ مباشرة إنما جاء بعد العديد من المراحل والتي يعتبر الاعتماد المستندي المنبثق عنه خطاب الاعتماد الذي جاء نتيجة وجود عقد سابق وهو

العقد الأساسي (عقد البيع الأصلي)

ولكن التزام البنك في مواجهة المستفيد الذي نشأ نتيجة العقد بين العميل الأمر بفتح وبين البنك مصدر الاعتماد المستندي هو التزام مستقل، يصبح البنك ملزماً فيه بدفع مستحقات المستفيد من لحظة تبليغ الاعتماد إلى المستفيد مهما كانت طريقة التبليغ. (الجمل، جمال جويدان، ص 92)

إن أهم ما يميز نظام الاعتماد المستندي هو عدم ارتباطه بعقد البيع الأصلي، مما يترتب عليه وجود كيان مستقل والقائم بحد ذاته، وبالتالي فإن التزام البنك يكون الوفاء بقيمة المستندات المقدمة إليه من المستفيد ولكن هنا يجب توافر شروط خاصة بعقد الاعتماد المستندي، حيث إن قيام البنك بإرسال خطاب الاعتماد المستندي المتضمن الشروط المتفق عليها بين الأمر بفتح الاعتماد والمستفيد، فإنه يترتب التزام على البنك تجاه المستفيد فأى إخلال من قبل المستفيد في شروط خطاب الاعتماد يعرضه للمسؤولية العقدية، وبالمقابل فإنه يقع على البنك تجاه المستفيد الوفاء بقيمة المستندات المقدمة إليه من قبل المستفيد شريطة أن تكون هذه المستندات مطابقة تماماً وفق المتفق عليه في خطاب الاعتماد، وهنا يقتصر دور البنك على المطابقة الظاهرية دون أن يكون له أدنى سلطة في التقدير أو التفسير أو الاستنتاج، أضف إلى ذلك بأنه إذا ارتأى البنك تعديل بعض شروط الاعتماد فعليه أن يأخذ موافقة (الأمر بفتح الاعتماد).

إن أساس نظام الاعتماد المستندي هو استقلاله عن عقد البيع القائم بين البائع والمشتري حيث يلتزم البنك بمقتضاه الوفاء بقيمة المستندات المقدمة إليه مطابقة تماماً لما تضمنه الاعتماد دون أن يكون له في ذلك أدنى سلطة في التقدير أو التفسير أو الاستنتاج، وفي ذات الوقت ليس للبنك أن يستقل بتعديل شروط الاعتماد من دون موافقة عميله، وعليه إذا ما قدمت له مستندات الشحن من المستفيد أن يقوم بمطابقتها على ماورد بشأنها في الاعتماد

بحيث إذا لم يعترض عليها خلال أجل معقول يكفي لفحصها اعتبر ذلك قبولا لها بحالتها التي قدمت بها بما يترتب عليه التزامه بالوفاء بقيمة الاعتماد. (القصيبي، عصام الدين، ص 56).

دعت مقتضيات التمويل وحاجات العمل البنوك التدخل وتوسيع نطاق عملها، الذي جاء نتيجة اعتماد التجارة الدولية وقيامها على الطبيعة العقدية حيث أن هذا الطبيعة سمحت وفتحت المجال للبنوك للتدخل في التجارة الدولية، من خلال التحرر من قيود وقوانين الدولة المقيدة لها وهذا مجرى العمل في العمليات المصرفية التي طغى عليها الطابع العقدي. (القصيبي، عصام الدين، ص 56).

لقد تميزت عقود الاعتماد المستندي بتعدد العلاقات التي ترتبط بها وتعدد مراحلها التي تمر بها من عقد البيع بين البائع والمشتري الذي يشترط فتح الاعتماد المستندي من قبل البائع إلى خطاب الاعتماد الذي يبلغ إلى المستفيد حتى يتم تسليم المستندات إلى البنك مصدر الاعتماد أو مبلغه، أضف إلى ذلك تسديد قيمة الاعتماد المستندي إلى البنك من قبل البنك، هذا التعدد والاختلاف كان السبب في اختلاف الأساس القانوني في الاعتماد المستندي

وعليه فإن الأساس القانوني في الاعتمادات المستندية قائم على استقلال عقد البيع الأصلي عن عقد الاعتماد المستندية الذي يقوم البنك بناء عليه بفتح الاعتماد لصالح المستفيد (البائع) وذلك بعد أن يتقدم الأمر بفتح الاعتماد إلى البنك من أجل فتح اعتماد لصالح شخص معين يسمى (المستفيد) الذي يكون في الأغلب الأعم هو البائع، الذي اشترط عليه في عقد البيع الأصلي فتح هذا الاعتماد وبالتالي يصبح هذا الشرط جزءا من شروط العقد الأصلي الذي يستوجب من المشتري القيام بتنفيذه التزاما بما هو مطلوب منه ضمن العديد من الحقوق المستوجبة للبائع في ذمة المشتري، ويتم في الاعتماد المستندي بيان المبلغ المتفق عليه ومدة صلاحية هذا الاعتماد وتاريخ بدء تنفيذه، إن واجب البنك بتبليغ المستفيد إنما يكون بناء على الالتزام بعقد بينه وبين الأمر (بفتح الاعتماد)

حيث إن البنك يتبع تعليمات الأمر حتى تاريخ تبليغ المستفيد بخطاب الاعتماد والذي بناء عليه تصبح مسؤولية البنك تجاه المستفيد باثة وقطعية ولا يجوز للبنك الرجوع عنها حتى لو طلب الأمر بفتح الاعتماد منه ذلك ومن ناحية أخرى فإن التزام الأمر بفتح الاعتماد يصبح ليس من تاريخ تبليغ الاعتماد تجاه المستفيد وإنما من تاريخ قبول فتح الاعتماد وتوقيعه من قبل البنك والأمر بفتح الاعتماد، الأمر الذي يترتب عليه في حال لم يتم تسليم خطاب الاعتماد أو تم تسليم خطاب الاعتماد في العلاقة التعاقدية الناشئة بين البنك والأمر، ليس مرتبطة بتسليم خطاب الاعتماد أو من عدم تسليمه مالم يوجد شرط بأنه إذا لم يتم تسليم خطاب الاعتماد إلى المستفيد فإن خطاب الاعتماد يصبح لا غيا ويتحمل البنك التعويض والخسائر وفق المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية. (عوض، علي جمال الدين، ص 78-83).

كما أن الأساس القانوني يختلف باختلاف الدور الذي يقوم به البنك بين مصدر للاعتماد المستندي أو معزز أو مراسل له، حيث أن هذا الاختلاف يسبب اختلاف المسؤولية التي تقع على عاتق كل بنك وذلك باختلاف العملية التي يقوم بها، حيث إن مسؤولية البنك المعزز تختلف عن مسؤولية البنك مصدر الاعتماد وعن مسؤولية البنك المبلغ الاعتماد، ومن ذلك ما نصت عليه المادة السابعة فقرة (أ) من الأعراف الموحدة بالنشر (500) لعام 1993م بقولها: "قد يبلغ الاعتماد المستندي للمستفيد من خلال بنك آخر، (البنك مبلغ الاعتماد) دون مسؤولية عليه، ولكن إذا اختار هذا البنك إبلاغ الاعتماد فإنه يكون مسؤولاً عن بذل عناية معقولة في التحقق من صحة التوقيعات أو نماذج الشفرة البرقية في الاعتماد الذي يقوم بإبلاغه وإذا اختار هذا البنك عدم إبلاغ الاعتماد عليه أن يخطر البنك فاتح الاعتماد بذلك دون إبطاء "

وبناء على ماسبق ونتيجة لتعدد العلاقات في عقود الاعتماد المستندية التي تجاوزت أكثر من أربع روابط مما يترتب عليها اختلاف الأساس القانوني لكل رابطة واختلاف طبيعة هذه الروابط فإن ذلك يسبب العديد من المشاكل القانونية المتمثلة باختلاف تحديد الأساس القانوني لكل رابطة واختلاف تكييف القاضي للروابط المتشابهة التي قد تقوم دولة ما على سبيل المثال بتكييف خطاب الاعتماد أنه عقد وكالة أو تكييفه دولة أخرى على أنه اشتراط لمصلحة الغير، أضف إلى ذلك أن اختلاف الأساس القانوني لهذه الرابطة قد يختلف من دولة لأخرى، حيث يتم تكييفه على أساس المسؤولية العقدية بينما دولة أخرى تنظر النزاع نفسه قد تكييفه على أساس المسؤولية التقصيرية.

لذلك فإنه في هذا الفصل سيتم البحث في مدى كفاية قواعد الإسناد الوطنية لحل مشكلة تنازع القوانين التي لم تقم الأعراف والأصول الموحدة للاعتمادات المستندية من وضع حلول لها، ومن بعد ذلك سيأتي الحديث عن أثر تنازع التكييفات على الاعتماد المستندية لحل تنازع التكييفات، وفي القسم الثاني من هذا الفصل وبعد الانتهاء من هذا القسم سيتم البحث في الإحالة وأثرها على استقرار المعاملات، وفي القسم الثالث من هذا الفصل وأخير سيتم البحث في القسم الرابع عن أثر الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع وسيتم ذلك من خلال:

أولاً: مدى كفاية قواعد الإسناد الوطنية لحل مشكلة تنازع القوانين في الاعتماد المستندية.

ثانياً: أثر تنازع التكييفات على الاعتماد المستندية والقوانين المقترحة لحل تنازع التكييفات.

ثالثاً: الإحالة وأثرها على استقرار المعاملات .

رابعاً: أثر الإسناد على قانون دولة تتعدد فيها الشرائع وأثرها على استقرار المعاملات التجارية.

أولاً: مدى كفاية قواعد الإسناد الوطنية لحل مشكلة تنازع القوانين في الاعتمادات المستندية.

يعتبر تحديد القانون الواجب التطبيق على الخلافات الناشئة عن عقود الاعتماد المستندية من أهم المتطلبات الرئيسية التي تدفع عجلة التطور الاقتصادي؛ لذلك كان لابد من البحث في كل مايتعلق بعقود الاعتماد المستندية من خلال التعرف على معنى الاعتماد المستندية، حتى نتمكن من التوصل إلى معرفة خصائصها التي تساعدنا في تحديد الأساس القانوني لعقود الاعتماد المستندية من أجل المساهمة في تكييف هذا النوع من العقود، وإذا أردنا تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص فإن ذلك لايمكن إلا إذا كانت هذه العلاقة تعاقدية ومشوبة بعنصر أجنبي، وهذا لايمكن إلا بعد تحديد أن هذه العقود هي عقود دولية أم لا حيث يشترط الفقه لإعمال قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص أن تكون ذات طابع دولي بالنسبة للعلاقة المتنازع بشأنها، إذ إن تطبيق هذه القواعد تكون مقصورة على العقود الدولية (ذات العنصر الأجنبي) ولهذا فإننا لن نتمكن من تطبيقها إلا بعد بيان أن هذا النوع من العقود هي عقود دولية، وبعد ذلك يتم الرجوع إلى التنظيم القانوني لعقود الاعتماد المستندية التي أشارت قواعد الإسناد الوطنية إلى تطبيقه.

للإحاطة بكل ما ذكر سيتم تقسيم هذا الفصل للبنود التالية :

- 1:- تعريف الاعتمادات المستندية .
- 2:- أطراف الاعتمادات المستندية .
- 3:- خصائص الاعتمادات المستندية .
- 4:- الأساس القانوني للاعتمادات المستندية (الطبيعة القانونية) .
- 5:- دولية عقود الاعتمادات المستندية .

6- التنظيم القانوني للاعتمادات المستندية .

7- قواعد الإسناد الوطنية التي تنظم تنازع القوانين في الاعتمادات المستندية .

أولاً:- تعريف الاعتمادات المستندي: سنتناول هذا التعريف في الفقه والقضاء

والتشريع على النحو التالي :

أولاً : تعريف الاعتمادات المستندية

1- التعريف التشريعي للاعتمادات المستندية :

التشريع الأردني فقد جاء بالإشارة للاعتماد المصرفي في المادة 121/ من قانون التجارة الأردني

بأنه: 1. إذا خصص الاعتماد المصرفي وفاء لمصلحة الغير وأيد المصرف هذا الاعتماد لمستحقه فلا

يجوز بعد ذلك الرجوع عنه أو تعديله بدون رضاه ذلك الغير ويصبح المصرف ملزماً مباشرة ونهائياً

بقبول الأوراق والإيفاءات المقصودة .

2. ويحق للمصرف أن يسترد المبالغ التي دفعها أو المصاريف التي أنفقها لإنفاذ ما وكل به مع الفائدة

المتفق عليها أو الفائدة القانونية إن لم يكن اتفاق ابتداء من يوم الدفع .

3. يحق له أيضاً استيفاء عمولة .

كما أن قانون التجارة الأردني قد نص في" المادة 1/118 في عقود فتح الاعتماد المالي: يلتزم فاتح

الاعتماد أن يضع بعض الأموال تحت تصرف المعتمد له فيحق له أن يتناولها دفعة واحدة أو دفعات

متوالية بحسب احتياجه خلال ميعاد .

4. إن ما يوفيه أو يرجعه المعتمد له في مدة العقد يضاف إلى المتبقي من المبلغ الموضوع تحت

تصرفه مالم يكن هناك اتفاق .

وقد حددت المادة الثانية من الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية رقم (600) لعام (2007) الاعتماد المستندي بأنه" أي ترتيب مهما كان اسمه أو وصفه ويكون غير قابل للنقض، وبالتالي يشكل تعهدا محددًا من المصرف المصدر للوفاء بتقديم مطابق " لقد نصت المادة رقم (2) من الأصول والأعراف الدولية الموحدة للاعتمادات المستندية نشرة رقم (500) على أن الاعتماد المستندي هو كتاب تعهد صادر من البنك فاتح الاعتماد بناء على طلب أحد عملائه المستوردين(المشتري) يتعهد فيه البنك يدفع مبلغ أو تفويض بنك آخر بالدفع أو قبول سحبات لصالح المستفيد وهو المصدر مقابل استلام مستندات مطابقة للشروط المتفق عليها والواردة في الاعتماد .

عرفته المادة (341) من القانون التجارة المصري بأنه: "عقد يتعهد البنك بمقتضاه بفتح اعتماد لصالح شخص آخر (ويسمى المستفيد) بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل، ويعتبر الاعتماد المستندي مستقلا عن العقد الذي فتح الاعتماد بسببه، ويبقى البنك اجنبيا عن هذا العقد.(1)

هذا القانون منشور في الجريدة الرسمية ، ع19، مكرر ، 17 مايو 1999 وتنص المادة (5-103) من القانون التجاري الموحد الأمريكي بأن الاعتماد أو الاعتماد المستندي...يعني تعهد من قبل بنك أو شخص آخر يتم بناء على طلب عميل معين، بأن يوفي المصدر سحبات أو مطالبات بالوفاء إذا كانت مطابقة للشروط الواردة في الاعتماد .(المحتسب، سائد عبد الحافظ، ص

(1). (12)

وعرفه القانون التجاري العراقي في الفقرة الأولى من المادة 273 من قانون التجارة لسنة 1984
الاعتماد المستندي بأنه: " عقد يتعهد المصرف بمقتضاه بفتح اعتماد لصالح المستفيد بناء على طلب
الأمير بفتح الاعتماد، بضمان مستندات تمثل بضاعة منقول أو معدة للنقل " وبعد الاطلاع على التعريفات
في بعض القوانين العربية والأجنبية فإن القصور وعدم الشمولية كان سمة في هذه التعريفات التي لم
تشمل على خصائص الاعتماد المستندية، ولم يتم تحديد مدة هذه الاعتماد ولا شروطها.

ونص م (5-103) من ال (UCC) فهو × (Credit) or (letter of Credit) meanson --.

engagement by a bank or other person made at the request of a customer and a kind with in – the
scope of his Article (section 5–102) that – the issuer, will honor abates or author demands for
payment upon compliance with the condition specialised in the Credit”

" ترجمة ذاتية من المادة (2) من قواعد (UN) 2)
an independent commitment, known is international practice as an independent warrenty or as
astand – by letter of credit, given by a bank or other institution or person (" quarantor issue") to
pay to the beneficiary a certain or determinable amont upon simple demand or upon demand a
companied by other documents, in comformity with the terms and any documentary conditions
of the undertaking, indicating, or from which it is to be inferred, that payment is due because of
a default in the performance of contiguency, or for money borrowed or advanced, or on account
of any mature independence undertaken by the principle, applicant or an other person"

الاعتماد المستندي قضاء: في قرار لمحكمة التمييز (قرار رقم 152/1975) فصل بتاريخ 01/01/1975 (هيئة عادية) أن الاعتماد المستندي هو تعهد صادر عن البنك بناء على طلب الأمر (المشتري) يلتزم البنك بمقتضاه بدفع ثمن البضاعة للمستفيد (البائع) وفق شروط معينة، ويفتح تنفيذا للالتزام المشتري بدفع الثمن، فإن الالتزامات المترتبة على إنشائه تنحصر في ذمة طرفي العقد وهما الأمر (المشتري) والبنك فقط، ولا يتحمل المستفيد (البائع) من الاعتماد بأي التزام ويلتزم البنك بموجبه أن يدفع قيمة المستندات إلى المستفيد، وبعد ذلك يضع المستندات المتعلقة بشحن البضاعة تحت تصرف الأمر مقابل حصوله على قيمتها من الأمر المذكور، كما يلتزم المشتري الأمر بموجبه بدفع قيمة المستندات موضوع الاعتماد إلى البنك عند ورودها منه. حيث أن التزام المشتري في الاعتماد المستندي بدفع قيمة المستندات ينشئ في ذمته دفع قيمتها بالعملة الأجنبية نفسها التي دفع بها البنك بموجب الاعتماد، فإنه يترتب على ذلك أن يرد المشتري ما يعادل هذا المبلغ بالعملة المحلية (الدينار الأردني) طبقاً لأسعار الصرف في بلد الأمر (المشتري) وقت الرد. إذا أدت إلى انخفاض قيمة النقد المحلي بسبب ارتفاع قيمة العملة الأجنبية عند الرد إن سكوت الشركة عند قيام وزارة الصحة بفتح الاعتماد بالعملة الإسترلينية - بالرغم من اشتراط الشركة في عرضها فتح الاعتماد بالدولار الأمريكي - لا يعتبر تفويضا منها للوزارة بفتح الاعتماد بالعملة الإسترلينية، (إذ لا ينسب إلى ساكت قول). (1)

(1) نشر على الصفحة (173) من العدد (1) من مجلة نقابة المحامين لسنة (1976)

وفي القضاء المصري عرفت محكمة النقض المصري الاعتماد المستندي بأنه: " (عبارة عن تعهد مصرفي مشروط بالوفاء، صادر من البنك فاتح الاعتماد، بناء على طلب المشتري الأمر بالمطابقة لتعليماته والشروط التي يحددها، ويسلم للبائع المستفيد مستهدفا الوفاء بقيمة السلعة أو السلع المشتراة خلال فترة محددة في حدود مبلغ معين، نظير مستندات مشترطة ويجري التعامل في ظلّه بين البنك فاتح الاعتماد والبنك المؤيد أو المعزز له إن وجد، وبين كل من الأمر والمستفيد على المستندات وحدها وسلامتها وتطابقها في مجموعها، ومطابقتها للشروط الواردة في طلبه، دون نظر إلى البضاعة أو العلاقة الخاصة بين البائع والمشتري حول العقد الذي يحكم علاقتهما، ومدى صحته ونفاذه بينهما وللمؤثرات التي عليه، باعتبار فتح الاعتماد بطبيعته عملا تجاريا مستقلا عن عمليات البيع والشراء والعقود الأخرى التي يستند عليها" (1)

يتضح من خلال القرارات السابقة أن بعضها متشابه في بيان ميزة من مزايا عقد الاعتماد بأنه آلية من أجل دفع المبالغ المطلوبة في هذا العقد، وقد اعتبرت أن البنك ملزم بدفع الثمن في حال أن قدم المستفيد الوثائق المطلوبة في خطاب الاعتماد.

التعريف الفقهي للاعتمادات المستندية : لقد تعددت التعريفات الفقهية حسب وجهة نظر المعرف منها أولاً: "بأنه الاعتماد الذي يفتحه مصرف ما إلى أحد عملائه لاستيراد بضاعة معينة من بلد معلوم مقابل ارتهانه لهذه البضاعة.(الشواربي، عبد المجيد، ص 174) .

ثانياً: "عبارة عن الاعتماد الذي يفتحه البنك، بناء على طلب العميل يسمى الأمر، أيا كانت طريق تنفيذه، أي سواء أكان بقبول كمبيالة، أم بالوفاء لصالح عميل الأمر، ومضمون بحيازة المستندات الممثلة لبضاعة في الطريق، أو معدة للإرسال.(الهيبي، عبد الرزاق، ص 405)

ثالثاً: (أداة الهدف منها تأمين مبلغ نقدي لصالح طرف آخر، شريطة أن يقدم هذا الطرف الدليل المستندي أنه قد قام بتنفيذ ما عليه من الالتزامات). (عبد الرحمن، حاتم محمد، ص 8) .

رابعاً: (عقد اعتماد يقوم البنك بفتحه، بناء على طلب من الأمر، لصالح عميل لهذا الأخير، مضمون بحيازة مستندات، تمثل بضاعة، تكون موضوعاً لعملية نقل أو معدة للنقل). (أبوزيد، رضوان، ص 76) .

أما التعريف الذي تضمن الإشارة إلى العلاقات الناشئة عن عقد الاعتماد المستندي فضلاً عن تعرضه لوسائل الدفع في الاعتمادات المستندية وهي كالتالي: بأنه عبارة (عن ترتيب مصرفي بين مصرفين أو أكثر في شكل تعهد مكتوب، يعمل فيه البنك مصدر الاعتماد، بناء على تعليمات العميل الأمر بفتحه، ويلتزم بموجبه البنك القابل له والمتداخل فيه، بدفع المبالغ محل الاعتماد إلى المستفيد، مقابل تقديمه المستندات التي تثبت قيامه بتنفيذ الالتزامات المنصوص عليها في الاعتماد أو قبول كمبيالات مستنديه مرتبطة بهذه الاعتمادات أو تداول مستندات شحن مطابقة لشروط هذه الاعتمادات). (القليوبي، سميحة، ص 67) .

وبالرجوع إلى أهداف وغايات الاعتماد المستندي المتضمنة الوفاء والضمان والاطمئنان لكل من الطرفين سواء الأمر بفتح الاعتماد أو المستفيد نلاحظ أن هذا التعريفات قد اقتصر على ذكر بعض فوائد الاعتماد المستندي متناسية الأساس الجوهرية.

وكما أن هذه التعريفات جاءت أيضاً خالية من وسائل الدفع في الاعتمادات المستندية، كما أنها كانت قاصرة في مختلف خصائص عقد الاعتماد المستندي .

تعريف الاعتماد المستندي من قبل الباحث: تعهد صادر من البنك بناء على طلب عميله (الأمر بفتح الاعتماد) بدفع مبلغ محدد من النقود لصالح شخص آخر (ويسمى المستفيد) مقابل قيام الأخير بتقديم مستندات معينه خلال مدة معينة .

2. أطراف الاعتماد المستندي:

إن التعامل بواسطة الاعتماد المستندي يتم على النحو التالي :

يقوم المشتري بالتقدم بطلب إلى بنك من البنوك الذي يتعامل معه باستمرار من أجل إصدار الاعتماد للمستفيد الذي قد يكون في الأغلب الأعم هو البائع، فبعد أن يتقدم (الأمر بفتح الاعتماد) بطلب إلى البنك ينتظر الموافقة من البنك أو عدم الموافقة، وفي حال تمت الموافقة فإن على البنك إعلام الأمر بقبول طلبه، وهنا يترتب عليه أن يوجه إشعاراً إلى البنك الوسيط في حال وجوده ليقوم بإعلام الاعتماد (للبيع / المستفيد) أو يقوم هو بإبلاغ المستفيد إذا لم يكن هناك بنك وسيط أما في حال عدم قبول طلبه فإنه لا يتوجب عليه إعلام المستفيد وإنما يجب عليه إعلام الأمر بفتح الاعتماد، وهذا الإشعار أو الكتاب الموجه من البنك إلى المستفيد يسمى خطاب الاعتماد الذي يكون متضمناً الشروط المتفق عليها بين البائع والمشتري، وهنا إما أن يقوم البنك بإضافة تعريضه على هذا الخطاب أو يكون مجرد مرسل لا غير تنتهي مسؤوليته بتبليغ المستفيد.

وفي حال وصول خطاب الاعتماد المستندي إلى المستفيد فإن عليه القيام بالتحقق مما ورد فيه فإذا كان ضمن ما اتفق عليه مع المشتري فإنه لا خلاف، ولكن إذا كانت بعض الشروط مخالفة ومغايرة للاتفاق فإنه يستوجب عليه خلال مدة معقولة تعديل الاعتماد .

بعد إجراء التعديلات اللازمة إن وجدت موجودة فإن المشتري يكون قد أوفى بالتزامه تجاه المستفيد الذي يجب عليه أن يقوم بالوفاء بالتزاماته المتمثلة في شحن البضائع إلى المشتري وحتى يتمكن الأخير من تقديم المستندات المطلوبة من أجل قبض ما يستحق من ثمن للبضائع، ولا يتم ذلك إلا بعد تقديم المستندات إلى البنك المصدر أو المعزز الممثلة للبضاعة المرسلة إلى المشتري وعندما يتسلم البنك المستندات

فإن عليه التزاماً يتمثل بتدقيق هذه المستندات تدقيقاً ظاهرياً دون أن يكون ذلك بالكشف على البضاعة، وإذا كانت المستندات متطابقة لما هو متفق عليه فإن على البنك الوفاء بالمبالغ المستحقة للمستفيد بناء على ما هو محدد في خطاب الاعتماد. (الكيلاي، محمود، ص156).

وعليه فإن أطراف الاعتماد المستندي هم :

أ. طالب فتح الاعتماد: هو العميل المستورد الذي يتقدم إلى البنك الذي يتعامل معه بطلب فتح الاعتماد المستندي لصالح المصدر، ويحدد في طلبه الشروط التي يريدها والمستندات المطلوبة بحيث لا تتعارض الشروط مع مصالح البنك والقوانين المعمول بها في الدولة وغير مخالفة للأصول والأعراف الدولية الموحدة للاعتمادات المستندية.

وعادة ما يسبق فتح الاعتماد مراسلات ومفاوضات بين المستورد والمصدر ويتم الاتفاق بينهما على شروط الصفقة التي يسترشد بها البنك عند وضع الشروط الخاصة في الاعتماد المستندي، ويجب التنبيه إلى أن جميع الاتفاقيات والمراسلات بين المستورد والمصدر تعتبر منفصلة عن الاعتماد المستندي ولا علاقة للبنك فاتح الاعتماد بهذه الاتفاقيات.

ب. البنك فاتح (مصدر) الاعتماد: هو البنك الذي يتعامل معه المستورد والذي يتعهد للمستفيد بدفع قيمة مستندات الاعتماد المقدمة وفق شروط الاعتماد ويتم التعهد بالدفع للمستفيد عن طريق البنك المصدر.

ج. البنك مُبَلِّغ الاعتماد: هو البنك الذي يقوم بتبليغ الاعتماد المستندي إلى المصدر وذلك بناء على طلب البنك فاتح الاعتماد وبدون أي مسؤولية عليه أو ارتباط من قبله. ويكون البنك المبلغ غير ملزم بشراء مستندات الاعتماد التي سوف تقدم إليه من المستفيد حتى لو كانت مطابقة للشروط المتفق عليها في الاعتماد.

د. البنك المعزز للاعتماد: هو البنك الذي يضيف تعهد للمستفيد بالدفع إذا قدم المستفيد المستندات المطلوبة في الاعتماد وكانت مطابقة لشروط الاعتماد. فالبنك فاتح الاعتماد هو الذي يتعهد بالأصل بالدفع للمستفيد ويطلب من البنك المراسل إضافة تعزيره على الاعتماد وتكون هناك ترتيبات مسبقة بين البنوك بخصوص الاعتمادات المعززة. ويكون من واجب البنك معزز الاعتماد تدقيق المستندات المقدمة إليه جيداً ويقوم بدفع قيمتها للمستفيد إذا كانت مطابقة لشروط الاعتماد.

ه. المستفيد: هو الطرف الذي فتح الاعتماد المستندي لصالحه والذي يحق له استلام قيمة الاعتماد إذا ما نفذ الشروط المتفق عليها وقدم المستندات المطلوبة في الاعتماد. ويتم الدفع عادة للمستفيد (المصدر) عن طريق البنك مُبلِّغ الاعتماد أو البنك المعزز للاعتماد في حالة تعزيز الاعتماد. وفي بعض الاحيان تسمح شروط الاعتماد للمستفيد بتقديم المستندات إلى بنك آخر غير البنك الذي قام بتبليغه الاعتماد ويسمى البنك الآخر بالبنك المشتري او المفاوض .

و. البنك المغطي: هو البنك الذي يقوم بدفع قيمة مستندات الاعتماد إلى البنك المشتري نيابة عن البنك فاتح الاعتماد أي أنه يقوم بدور تغطية قيمة مستندات الاعتماد إلى البنك الدافع بناءً على طلب البنك فاتح الاعتماد والبنك المشتري. ويفضل اختيار البنك المغطي الذي يسهل التعامل معه خاصة في حالة وجود استفسارات أو مشاكل في عملية دفع قيمة المستندات المتعلقة بالاعتماد. (الكيلاني، محمود، ص156) .

3. خصائص عقد الاعتماد المستندي :

انطلاقاً مما سبق يرى الباحث إن الاعتماد المستندي ينشئ التزاماً في ذمة البنك وهذا الالتزام له خصائص يتميز بها عن غيرها وهي :

1. التزام أحادي: لا يكون للمستفيد أي التزام في مواجهة البنك باستثناء أن يقوم بتسليم المستندات المطابقة للمواصفات والشروط المنفق عليها وبخلاف ذلك لا يستطيع البنك صرف المبلغ المنفق عليه.

2. التزام تجاري: خضوعه لأحكام القانون التجاري دون القانون المدني.

3. التزام محدد المدة: حيث يتم تعيين مدة معينة في خطاب الاعتماد يتوجب على المستفيد أن يتقدم خلاله للمطالبة بما هو مقرر ومحدد له في خطاب الاعتماد شريطة تقديم الوثائق والمستندات المطلوبة حيث إن عدم تقديمه هذه المستندات ضمن المدة المحددة في خطاب الاعتماد المستندي وإذا لم يتم بتقديمه خلال المدة المحددة فإنه يفقد حقه في الاعتماد ولا يحق للبنك صرف المبلغ إلا بعد أخذ موافقة عميله الأمر الذي يتطلب إجراءات معينة .

4. استقلال عقد البيع الأصلي عن عقد الاعتماد المستندي: وهذا يعني أن عقد الاعتماد المستندي هو عقد قائم بذاته يتطلب توافر شروط وإجراءات معينة وإن كانت مرتبطة بإجراءات العقد الأصلي إلا أن بطلان الشروط الموضوعية والإجرائية في العقد الأصلي لا يترتب عليه بطلان عقد الاعتماد المستندي ولا تؤثر عدم مشروعية السبب في صحة التزام البنك، ويترتب كذلك أن التزام البنك تجاه المستفيد مستقل عن عقد البيع من ناحية أخرى، رغم الارتباط بين العلاقات التي ذكرت، ذلك لأنه من الناحية القانونية، يعتبر التزام البنك تجاه المستفيد كأثر لخطاب الاعتماد مستقلاً عن التزامات المتعاقدين في عقد البيع " بين البائع والمشتري " وفي عقد الاعتماد المستندي " بين البنك فاتح الاعتماد والعميل الأمر " .

أما بالنسبة لاستقلال التزام البنك فهو التزام مستقل عن العلاقات القانونية السابقة كعقد البيع المبرم بين طالب فتح الاعتماد من جهة والمستفيد من جهة أخرى، وعقد التسهيلات المصرفية المبرم بين البنك فاتح الاعتماد و عميله .

أما بالنسبة لخطاب الاعتماد ذاته فهو عبارة عن الورقة أو الصك أو الرسالة أو الإشعار التي يرسله البنك فاتح الاعتماد إلى المستفيد، وهذا الخطاب يجب أن يتضمن شروط وموصفات معينة منها ما يتم الاتفاق عليه ومنها ما يضعه البنك المصدر الاعتماد حيث إن هذا الخطاب يكون اسمي، الذي يعني ضرورة ذكر اسم المستفيد، وبعبارة أخرى فإن هذا الخطاب لا يصدر أذنياً أو لحامله، وهذا الاعتماد قد يكون قابلاً للتحويل وذلك لا يؤثر في خاصيته من حيث ضرورة صدوره اسماً ويترتب على ذلك أن خطاب الاعتماد لا يقبل التداول بالتظهير بالطرق التجارية باعتباره ليس ورقة تجارية؛ ذلك لأن جوهر الورقة التجارية أنها تقبل أن تكون أداة وفاء أو أداة ائتمان تقوم مقام النقود، أضف إلى ذلك فإن ما ينطبق على الورقة التجارية لا ينطبق على خطاب الاعتماد المستندي من حيث التداول بالطرق التجارية ولكنه يقبل أن يعلق على شرط بخلاف الورقة التجارية. (الكيلاي، محمود، ص170).

4. (الطبيعة القانونية) الاعتمادات المستندية: إن الطبيعة الخاصة لهذا النوع من العقود تسبب الكثير من المشاكل القانونية التي تعود بسبب كثرة العلاقات والروابط التي تتجاوز أربعة روابط ما بين علاقة الأمر بالبنك وعلاقة البنك بالمستفيد وعلاقة المستفيد بالأمر إلى علاقة البنوك ببعضها، وهذه العلاقات التي تعددت وتنوعت فإنه يحكمها طبيعة قانونية قد تكون خاصة بكل علاقة منها أو قد يكون متشابهة بكل منها وهذا ما سيتم مناقشتها وبحثها من أجل الوصول إلى تحديد الطبيعة القانونية لكل رابطة وما ينتج عنها من منازعات في التكييفات .

تعني الطبيعة القانونية للاعتماد المستندي الأساس القانوني الذي ترتد إليه كل علاقة بين الطرفين، بمعنى ما هي القواعد القانونية التي تنظمها، وبالتالي فإن الحديث عن العلاقة بين أطراف عملية الاعتماد المستندي يؤدي إلى التكييف القانوني لكل علاقة، وسيتم التصدي لكل علاقة من علاقات الاعتماد المستندي بشكل موجز ومختصر كالآتي :

أ. علاقة البائع بالمشتري وهنا لا ضرورة للتصدي لها لأنها عبارة عن علاقة بين المشتري والبائع في عقد البيع المبرم بينهما والذي يتفق فيه على أن يتم تسوية الثمن عن طريق فتح اعتماد مستندي ينفذ نظير تقديم مستندات معينة.

تتميز عقود الاعتماد المستندية بأنه يكفي في العقد أن يكون محله مشروعاً وممكناً تطبيقه للقانون المعمول به في بلد الإبرام أو بعيداً أما بالنسبة لمشروعيته وصحته في البنك المصدر فإن ذلك لا يستوجب، ذلك لاستقلال عقد البيع الأصلي عن عقد الاعتماد المستندية الذي يعتبر أجنبياً عن عقد البيع الذي يكون له موضوع مختلف عن عقد البيع الأصلي على الرغم من أن عقد البيع هو الأساس الذي يتطلب الشروط الطبيعية التي يجب توافره ولا يقوم العقد إلا بوجوده ولكن عدم توافره لا يؤثر على عقد الاعتماد المستندية. (قليني، جورجيت، ص 149) .

ب. (علاقة المشتري الأمر والبنك) الطبيعة القانونية لعلاقة العميل بالبنك ويحكم العلاقة بينهما عقد فتح الاعتماد المستندي المبرم بينهما، وبذلك تتحقق في شخص المشتري الصلة بين عقد البيع التجاري وعقد فتح الاعتماد المصرفي .

لقد تعددت الآراء في تحديد الطبيعة القانونية لعلاقة العميل بالبنك في عقود الاعتماد المستندية والأساس القانوني التي تقوم عليه، حيث إن بعض الاتجاهات ترى أنها عقد وكالة والذي يكون فيه البنك وكيلاً عن المشتري (الأمر بفتح الاعتماد)

عند المستفيد في تنفيذ الاتفاق وخصوصاً بالإيفاء بالالتزامات المترتبة عليه، وخصوصاً دفع قيمة الالتزام بينما بعض الآراء اتجهت إلى اعتباره من عقود الخدمات المصرفية والبعض الآخر يرى أنها من عقود المقاوله. (قليني، جورجيت، ص 149).

إلا أن رأي معارض للاتجاه السابق، حيث اعتبر أن علاقة البنك بالمستفيد تبدأ من انعقاد العقد وقبل صدور خطاب الاعتماد البائع، معتمدين على أن نشوء العلاقة بين البنك والمستفيد تكون بعد اعتماد خطاب الاعتماد وإرساله إلى المستفيد. (السعيد، صلاح، ص 57).

وبناء على ماسبق من محاولات الفقه والقضاء رد الاعتماد المستندي إلى أحد نظريات القانون باعتباره من العقود غير المسماة أو أنه قبول صرفي على أساس أنه يقبل أن يسحب المستفيد على البنك كمبيالة بقيمة الاعتماد، أو أنه اشتراط لمصلحة البائع وأن الاعتماد يتمثل في كونه إنابة يكون البنك على أساسها منابا والمشتري هو المنيب أما المناب لديه فهو البائع، إلا أن هذه النظريات كان النقص والقصور معيارا لها، لذلك وفي ظل القصور الحاصل فإن الباحث يرى أن خطاب الاعتماد ذو طبيعة خاصة فهو اثر من آثار عقد فتح الاعتماد المنعقد بين العميل والبنك والذي نظمه القانون .

ج. علاقة البائع (المستفيد) بالبنك (الطبيعة القانونية للاعتماد المستندي القطعي): إن التكليف القانوني الصحيح لطبيعة التزام المصرف بموجب خطاب الاعتماد ومدى هذا الالتزام هو الذي يعيننا في مواجهة المشاكل القانونية التي يثيرها التعامل بخطاب الاعتماد هل هو عقد أم التزام من المصرف بإرادته المنفردة.

تكون مسؤولية البنك في الاعتماد المستندي مطلقة تجاه المستفيد بحيث أنه لا يستطيع أن يلغي الاعتماد المستندي دون موافقة جميع الأطراف وبخلاف ذلك فإن إلغاء الاعتماد من تلقاء نفسه،

أو بناء على طلب الأمر فإن الإلغاء يرتب مسؤولية كاملة على عاتق البنك وهنا هل تكون مسؤولية عقدية بين البنك والمستفيد أم مسؤولية تقصيرية، حيث أن التزام البنك تجاه المستفيد تبدأ من تاريخ وصول خطاب الاعتماد إلى علم المستفيد.

إن هذا الاختلاف في المسؤولية العقدية أو التقصيرية في حال حدوث منازعة بين كل من المستفيد والبنك يؤدي إلى اختلاف في قاعدة الإسناد المنظورة أمام القاضي لذلك فإن الهدف في هذا الفرض البحث في الطبيعة القانونية لخطاب الاعتماد حتى يتمكن من تحديد قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق. أنه وفي بحث الفقهاء عن تحديد الطبيعة القانونية لعلاقة المستفيد بالبنك، كان الاختلاف واضحا بين من قال: انه تخضع لنظرية الإنابة أو من قال أنها تخضع لنظرية الكفالة أو بين مؤيد لنظرية الاشتراط لمصلحة الغير ومعارض لنظرية الإرادة المنفردة أو مؤيد لنظرية الوعد بالتعاقد أو أنها من عقود الإذعان من نوع خاص .

النظريات التي عالجت الطبيعة القانونية للاعتمادات المستندية الدولية:

نظرية الاشتراط لمصلحة الغير: عالج المشرع الأردني الاشتراط لمصلحة الغير في المواد (202) إلى (210) من القانون المدني التي اعتبرها بعض الفقهاء أساسا كسند قانوني يستندون عليه في تكيف الطبيعة القانونية للاعتماد المستندي .

قد تكون نظرية الاشتراط لمصلحة الغير من أكثر النظريات التي قد توضح الطبيعة القانونية للاعتماد المستندي حيث يكون المنتفع هو المستفيد ويكون العميل هو المشتراط والمتعهد هو المصرف، وبما أن البنك هنا يقوم مقام المتعهد لمصلحة الغير (المستفيد) حيث يعتبر البنك ملتزم التزاما مباشرا تجاه المستفيد الذي يكون له الحق بالرجوع مباشرة على البنك ومطالبته في حال تقديم المستندات بعد التأكد من مطابقتها لشروط الاعتماد، ولكن المشتراط هنا يتعاقد باسمه في نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، وأهم ما ينطبق في نظرية الاشتراط لمصلحة الغير على الاعتماد المستندية

هو استقلال علاقة العميل في البنك عن علاقته بالمستفيد، على الرغم من أن للعميل الحق في أن يأمر العميل في تنفيذ تعليماته للبنك حتى بعد إصدار الاضطرار للغير وهذا يتنافى مع طبيعة الاعتماد المستندية وخصوصاً بعد تبليغ خطاب الاعتماد إلى المستفيد الذي بناء عليه تنقطع علاقة البنك بالأمر وتنفيذ تعليماته بعد قيام البنك بتبليغ خطاب الاعتماد على عكس وخلاف الاضطرار لمصلحة الغير الذي يبقى البنك ملتزماً في تنفيذ تعليمات الأمر. (علم الدين، محي الدين، ص 959).

إلا أن نظرية الاضطرار لمصلحة الغير تنطبق في العديد من النواحي على عقد الاعتماد المستندية في كثير من المجالات والتي من أهمها أن العميل يستطيع مقاضاة المصرف في حال عدم إصداره وذلك استناداً إلى عقد (المشاركة)، وفي هذا الجانب بالنسبة للاعتمادات المستندية فإن العميل الأمر لا يستطيع الرجوع عن خطاب الاعتماد الذي قام البنك بتبليغه إلى المستفيد فبمجرد وصول خطاب الاعتماد إلى المستفيد يصبح باتاً وقطعياً ولا يجوز الرجوع عنه من قبل البنك إلا بموافقة جميع الأطراف، وهذا له تأثير في بعض القضايا ومنها قضايا الإفلاس حيث إن العميل المشترط لا يؤثر على حق المستفيد تجاه البنك بأي تأثير أو إجراء قانوني حيث أن الإفلاس أو إي مطالبة قانونية لا تستطيع إيقاف تنفيذ خطاب الاعتماد المستندي. (السعيد، هادي، ص 46).

الانتقادات التي تعرضت لها هذه النظرية :

تبدأ مسؤولية البنك مصدر خطاب الاعتماد إلى المستفيد من تاريخ تبليغه أو إشعاره أو إرساله إلى المستفيد ولا يسري بأثر رجعي على عكس وخلاف الاضطرار لمصلحة الغير التي تبدأ بأثر رجعي يرتب خطاب الاعتماد مسؤولية تجاه المستفيد وهذا الالتزام يتضمن قيام الوثائق والمستندات المتفق عليها في خطاب الاعتماد المستندية حتى يتمكن البنك من الوفاء

وصرف المبلغ المتفق عليه في عقد خطاب الاعتماد المستندية، وذلك خلاف نظرية الاشتراط لمصلحة الغير الذي لا يرتب التزام على المنتفع. (المحتسب، سائد عبد الحافظ، ص 56).

ب . نظرية الإرادة المنفردة :

لقد عالج المشرع الأردني الإرادة المنفردة في المواد (250- 255) من القانون المدني وقد اعتبر بعضا الفقهاء أن هذه النظرية تصلح أساسا لتفسير الطبيعة القانونية للاعتمادات المستندية .

وتتطبق هذه النظرية على الاعتماد المستندية من حيث إن التزام البنك تجاه المستفيد إنما تتم بإرادته المنفردة من اللحظة التي يرسل بها خطاب الاعتماد ويصل إلى علم المستفيد حيث إن تعهد المصرف هنا قطعيا تجاه المستفيد بعدم رجوعه عن التزامه قبل انتهاء مدة صلاحية الاعتماد .

الانتقادات التي تعرضت لها هذه النظرية : ميزة عدم انطباق استقلال عقد البيع الأصلي عن الاعتماد المستندية على الإرادة المنفردة التي تقول بعدم استقلال العقد عن عقد البيع الأصلي.

إن عيوب الإرادة مثل الإكراه والغلط والتغزير والتدليس التي تذهب إرادة الشخص وبالتالي يصبح التزامه غير صحيح لا يمكن أن ينطبق مع الاعتماد المستندية حيث لا يستطيع البنك أن يلتزم بدفع المبلغ عند قيام المستفيد بتقديم الوثائق والمستندات المطلوبة بحجة وجود غلط أو إكراه أو تدليس .

أضف إلى ذلك أن وجود أي خطأ أو غلط من قبل البنك أو المصرف لا يستطيع تغيير هذا الخطأ إلا بموافقة المستفيد على عكس وخلاف نظرية التصرف الانفرادي حيث يستطيع المتصرف تصحيحه دون موافقة المستفيد .

ج . نظرية الإنابة: بعض الفقهاء فسروا الطبيعة القانونية للاعتمادات المستندية على أساس نظرية الإنابة

وذلك لوجود تشابه مع الاعتماد المستندية من عدة أوجه وهي كالتالي :

تتطبق نظرية الإنابة على الاعتماد المستندية في اعتبار أن البنك مناب عن (العميل الأمر) لدى

المستفيد

حيث يقوم بالوفاء بالالتزامات المترتبة عليه محل المنيب وهو (العميل الأمر) بفتح الاعتماد حيث يقوم البنك المناب بالوفاء بالالتزامات المترتبة على المنيب تجاه المناب لديه وهو المستفيد، وهذا الالتزام وفق نظرية الإنابة هو حق مجرد وبالتالي لا يحق له الاحتجاج قبله بالدفع التي له تجاه العميل الأمر حيث أن هذه العلاقة مستقلة عن علاقة المنيب مع المناب وهنا تبرز خاصية استقلال العقد بين المناب والمنيب عن العلاقة بين المناب والمناب لديه. (ناصر، الياس، ص454).

الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية

رغم استقلال العلاقة بين المناب والمناب لديه، إلا أن هذا الاستقلال لم يشمل حظر الدفع من قبل المصرف تجاه المستفيد، حيث أن للبنك الحق بالدفع بدفوع عيوب الإرادة الذي وقع بها، وبناء عليه فإن من حق البنك استخدام تلك الدفوع مما يترتب عليه إيقاف صرف قيمة الاعتماد المستندية بما يترتب على ذلك من انتفاء الغاية التي وجدت من أجلها الاعتماد المستندية.

التناقض في ما جاءت به القواعد والعادات الموحدة والاتفاقيات الدولية الناضجة للاعتماد المستندي من حيث عدم بقاء العميل (المدين) ملتزم تجاه المستفيد بالوفاء بالثمن إلى جانب التزام البنك بالتنفيذ، حيث إن نظرية الإنابة تقضي بعدم التزام العميل لقيام المصرف (المناب) بالوفاء بالثمن للمستفيد (المناب لديه) وهذا لا يتفق وضمائم الاعتماد المستندي التي وفرتها له القواعد الدولية في رجوع المستفيد على العميل في حال إن لم يوف المصرف بالتزاماته تجاه المستفيد. (المحتسب، سائد عبد الحافظ، ص45).

د. عقد الكفالة: إن عقد الكفالة يتفق مع الاعتماد المستندي في أنه يمكن أن تكون مقيدة بشرط تسليم الكفيل عند وفائه الدين جميع المستندات اللازمة حتى يستطيع ممارسة حقه في الرجوع على المدين المكفول، وإن عقد الاعتماد المستندي تنفيذه مقيد بتسليم المستفيد البنك مستندات مطابقة ظاهرياً لشروط الاعتماد وذلك حتى يستطيع المصرف الرجوع على العميل بما أوفاه للمستفيد .

من الانتقادات التي تعرضت لها هذه النظرية

استقلال عقد البيع الأصلي عن عقد الاعتماد المستندي لا يتمتع بها عقد الكفالة حيث إنه بانتهاء العقد الأصلي بين الدائن والمدين فإن له أثراً مباشراً على الكفيل مهما كان السبب من بطلان العقد الأصلي أو ورود عيب على العقد الأصلي. وذلك حسب ما جاء في نص المادة (988) من القانون المدني الأردني.

إن حق الرجوع في الاعتماد المستندي للمستفيد لا يكون على العميل إلا في حال عدم قيام البنك بالوفاء أو عدم قدرته على الوفاء، وهذا يتناقض مع حق الدائن بالرجوع على الكفيل والمكفول معا ورجوع المستفيد في الاعتماد المستندي على العميل أو المشتري يكون بناء على عقد البيع الأصلي وذلك حسب نص المادة (967) من القانون المدني الأردني .

إن هذه النظرية تنطبق على الاعتماد المستندي كما جاء في نص المادة (255) من القانون المدني الأردني على أن خطاب الاعتماد مستقل عن عقد الاعتماد.

وبعد أن تم التعرف على الاعتماد المستندي من حيث تعريفه ومن حيث خصائصه وأطرافه بالإضافة للتعرف على طبيعة الاعتماد المستندي الذي ظهر من خلالها أن هنالك اختلافاً واضحاً في تحديد الطبيعة القانونية والأساس الذي تقوم عليها الاعتماد المستندي هذا الاختلاف في تحديد الطبيعة القانونية ينشأ عنه تنازع أو لا في تكييف القواعد الموضوعية، هل نعتبره من عقود الوكالة أو الاشتراط لمصلحة الغير أم عقد كفالة إلى آخره ؟

من التفسيرات الفقهية أضف إلى ذلك أن اختلاف الأساس القانوني فيها هل نعتبره من الروابط التعاقدية فإما تقوم المسؤولية العقدية، في حال نشوء منازعة أو خلاف أو تقوم المسؤولية التقصيرية، إن هذا الاختلاف في تحديد الطبيعة القانونية والاختلاف في أساس الرابطة العقدية بين المسؤولية (العقدية) والمسؤولية التقصيرية يسبب اختلاف في قواعد الإسناد الواجبة التطبيق في علاقات الاعتماد المستندية التي اعتبرت من العقود الدولية التي تطبق عليها قواعد التنازع الخاصة بالقانون الدولي الخاص وفي هذا القسم سيتم التعرف على مدى اعتبار الاعتماد المستندية من العقود الدولية وما هي أهم المعايير التي تنطبق على الاعتماد المستندية وما مدى خضوع الاعتماد المستندية لهذه المعايير .

وبناء على ماسبق من اختلاف في تحديد الطبيعة القانونية ونظرا للأهمية الخاصة لعقود الاعتماد المستندية وبسبب الطبيعة الخاصة لها التي تميزه عن غيره من العقود المتمثلة باستقلال عقد البيع الأصلي عن عقود الاعتماد المستندية وكثرة العمليات المرتبطة به فإننا نتوصل إلى نتيجة أن هذه العقود يجب أن تخضع لتنظيم خاص به له خصائصه ومميزته وشروطه؛ لذلك فإن عقود الاعتماد المستندية لها طبيعة قانونية خاصة لا نستطيع إدراجها تحت أي مسمى من المسميات السابقة .

5. دولية عقود الاعتماد المستندية :

تبرز أهمية بيان أن عقود الاعتماد المستندية من العقود الدولية لا تقتصر على تمييزه عن العقد الداخلي وإنما على ما ترتبه الصفة الدولية على العقد من آثار في إعطائها الحق للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقاتهم التعاقدية.(حافظ، ممدوح عبد الكريم ، ص162).

لقد سعى الباحث في هذا القسم إلى توضيح أن عقود الاعتماد المستندية هي عقود دولية، ففي حال كونها من العقود الداخلية فإن قواعد القانون الدولي الخاص لا تنطبق، الأمر الذي لا يتطلب البحث في القانون الواجب التطبيق، وما يثيره من عوائق كالأليات ومنهاج في التوصل للقانون الواجب التطبيق على الخلافات الناشئة عن عقود الاعتماد المستندية، وذلك من خلال العديد من المعايير لمعرفة فيما إذا كانت هذه العقود دولية أم لا سيقوم البحث في هذا الفرض إلى تقسيمه إلى الأقسام التالية :

تعريف العقد الدولي .

المعيار الاقتصادي .

المعيار القانوني .

المعيار المختلط.

الترجيح في ظل واقع الاعتمادات المستندية .

مفهوم العقد الدولي :

1. تعريف العقد الدولي: (هو العقد الذي يتضمن عنصرا أجنبيا مؤثرا سواء تعلق هذا العنصر بمحل

إبرامه، أو مكان تنفيذه، أو بموضوعه، أو بإطرافه) . (الحداد، حفيظة السيد، ص407) .

2. كما تم تعريف العقد الدولي: (العقد الذي يرتبط بأنظمة قانونية تعود لدول مختلفة، ويهدف إلى

تحقيق الربح والمضاربة ونقل الخدمات عبر الحدود أو يحقق مصالح التجارة الدولية). (المصري،

محمد وليد، ص 66) .

إن تطبيق القانون الأجنبي على العقود له شروط ومواصفات ومتطلبات تختلف من عقد لآخر، فالمحاكم الأردنية لا تقبل بتطبيق القانون الأجنبي على العقود الوطنية في جميع عناصره لمجرد أن المتعاقدين قد اتفقوا على ذلك، وقد نصت العديد من الاتفاقيات ومنها (لاهاي) بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولية بتاريخ 15/6/1955 (المادة الأولى) واتفاقية روما المتعلقة بالبيع الدولي المبرمة بتاريخ 19/6/1980 والنافذة بين الدول المتعاقدة اعتباراً من تاريخ 1/1/1988. إن الإرادة رغم أهميتها في مجال العقود الدولية لكنها غير كافية لمنح الصفة الدولية لهذه العقود وإنما يتم ذلك عبر ثلاثة معايير: المعيار الاقتصادي، و المعيار القانوني، و المعيار المختلط.

1. المعيار الاقتصادي :

لقد جاء هذا المعيار بناء على افتراض إخضاع العقد إلى قواعد موضوعية مباشرة تسعى إلى تحقيق مصلحة التجارة الدولية، وقد عمل هذا المعيار على تيرير صحة البنود النقدية الذهبية في الإفات الدولية من أجل أن تتلاءم مع تحقيق مصلحة التجارة الدولية .

لقد تم تعريف العقد الدولي وظيفياً وهو يرتبط بالغاية الذي يسعى العقد إلى تحقيقه مما ترتب عليه مخالفة لقواعد الصلاحية الأمر في القانون الداخلي حيث إن العقد الاقتصادي الدولي يرتبط بالسماح بصحة اشتراطات عقدية قادرة بذاتها على تحقيق العمليات الاقتصادية من أجل تسهيل عمليات التبادل التجاري الدولي وما تتضمنه من نقل القيم والنقود أو الأموال أو الخدمات خارج الحدود. (منصور، سامي بديع، ص 546) .

إن هذا المعيار جاء من السماح للقضاء بتطبيق قواعد تخالف القواعد القانونية الأمرة في القانون الداخلي وذلك من أجل عدم عرقلة سير النشاط التجاري الدولي، ومن أهم هذه التطبيقات صحة بند الذهب في المدفوعات الدولية، أضف إلى ذلك صحة البنود النقدية الأخرى عندما تتعلق بإيفاء دولي وقد اعتمدت العملة الأجنبية. (منصور، سامي بديع، ص 545) .

الطابع الخاص للمعيار الاقتصادي الذي جاء نتيجة انتقال القيم الاقتصادية كان وراء إبعاده عن خضوعه للقانون الوطني، ولقد كان ذلك واضحا في أحكام المحاكم التي عملت على التفريق بين العقود الداخلية والعقود الدولية مما ترتب عليه السماح ببعض الشروط العقدية في العقود الدولية، وذلك على عكس وخلاف العقود الداخلية التي لا يجوز ذلك فيها، ومن أهم تطبيقات ذلك قبول صحة الوفاء بالعملة الأجنبية، وهو يحتوي على عدة مبادئ رئيسة: ماتير يرى أن انتقال البضائع ورؤوس الأموال والخدمات بين الدول الناتج عن عقد يسمى عقدا دوليا، أو أنه يحقق مصلحة التجارة الدولية وكذلك فإن دولية العقد تتحقق في حال تجاوز النطاق الاقتصادي الداخلي. (المصري، محمد وليد، ص 190) إن الأحكام التي عولت على هذا المعيار لم تبحث المشكلة من زاوية تنازع القوانين بهدف تحديد القانون الواجب التطبيق، ولكنها اعتدت أساسا بغايات اقتصادية مستوحاة من حرية المبادلات في إطار التجارة الدولية، وهي تستجيب إلى فكرة المدفوعات الدولية، أي الوفاء بالعملة التي تجري عبر الحدود، وعلى الأخص لتسهيل عودة النقود الذهبية إلى فرنسا. (ARMINJON . p254) .

مراحل هذا المعيار:

معياريين المد والجزر(ماتر):

على الرغم من اجتماع هذان المعيارين على وجوب انتقال قيم اقتصادية عبر الحدود، إلا أن معيار المد يتطلب أن يكون الانتقال متبادلا بينما معيار الجزر يتطلب أن يكون انتقالا متبادلا. (نادر، المؤيد، ص 91).

إلا أن بعض المحاكم قد تراخت في استخدام هذين المعيارين وإنما توجهه إلى الأخذ بمفهوم التسديد الدولي ووسعته إلى نظرية التسديد الذي يتجاوز إطار الاقتصاد الداخلي. (Yvon. p 610) يرى ماتر (أن عدم دخول أو خروج البضائع أو النقود إلى فرنسا لا يؤدي إلى اتصاف العقد بالصفة الدولية وإنما يخضع للنظام العام الفرنسي الداخلي التي بناء عليه يمنع الوفاء بعملة أجنبية، وهو مأخذ به القضاء الفرنسي باعتبار أن المعاملات الخارجية تتطلب خروج أو دخول البضائع أو نقود أحد الدول إليها. (جميل، الشرقاوي، ص 19) .

لقد ذهب بعض المحاكم ومنها القضاء الفرنسي أن العقد يكسب الصفة الدولية إذا توافر الخروج أو الدخول للبضائع، وهذا النقل للقيم الاقتصادية يترتب عليه أن اختيار عملة الحساب عند توافر المد والجزر هو من حرية الأطراف باختياره.

وعليه فإن العقد لا يعتبر دوليا بدون أن يكون هناك دخول أو خروج أو نقل للقيم الاقتصادية والبضائع والسلع والخدمات بين الدول ليعقد عقد دوليا حتى لو تضمن العنصر الأجنبي بدون أن يكون هناك ذهاب أو إياب. (سلامه، أحمد عبد الكريم، ص 189).

وعليه فإن العقد يعد دوليا إذا كان مكان إبرام تعاقد دولة تختلف عن مكان تنفيذ العقد. (ياقوت، محمود محمد، ص 52) .

صعوبات هذا المعيار :

لم يستطع هذا المعيار إن يخضع كافة العلاقات الاقتصادية وفق متطلباته، كما أن العقود التي ينطبق عليه مثل عقود الخدمات الدولية يعترضه صعوبات تطبيقية، أضف إلى ذلك أن هذا المعيار أصبح عائقاً أمام بعض العقود التي لا تتطلب انتقال للأموال من مكان إلى آخر بما في ذلك بعض أنواع عقود الدفوعات. (نادر، المؤيد، ص 88) .

كما أن تشابك المصالح الاقتصادية وتداخله أصبح معه من الصعوبة بمكان عدم القدرة على تبيين الاقتصاد الوطني من الاقتصاد الدولي، رغم أن غالبية الدول تأخذ مصالح التجارة الدولية معياراً في العقد الدولي، حيث إن موضوع العقد الدولي يترتب عليه استبعاد القوانين الداخلية التي تشكل عائقاً في تقدمه وازدهاره. وعليه فإن المعيار الاقتصادي يرتبط بوظيفة العقد والغاية منه أن المعيار الاقتصادي القائم على تحقيق مصلحة التجارة الدولية، يعتبر العقد دولياً، وإن لم يوجد اتصال بين عناصره وأي قانون أجنبي، هذا العقد جزاء من مجموعة عقود يكون كل واحد منها بشكل مستقل داخلياً، ولكن اتصاله بالعقد الأصلي المتصل بالمصالح التجارية أكسبه الصفة الدولية، حيث إنه يعتبر كل عقد داخلياً في حال عدم النظر إلى هذه العقود كسلسلة واحدة. (المصري، محمد وليد، ص 191) ب. معيار مصالح التجارة الدولية: إن العقد يكون دولياً إذا كان هناك انتقال لرؤوس الأموال حتى لو كان بين وطنيين في دولة القاضي نتيجة ارتباطه بمصالح التجارة الدولية حيث أن هذا الانتقال في القيم والعمليات يحقق المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني نتيجة اتصاله بأكثر من نظام قانوني. (صادق، هشام علي، ص 107) .

لقد جاء هذا المعيار نتيجة عجز معياري المد والجزر عن تحقيق مصالح التجارة الدولية فإن الحاجات التجارية الدولية المتطورة بحاجة إلى معيار تعمل على دفع تطور التجارة الدولية وليس إعاقته، وكان من أهم النتائج التي حققه هذا المعيار

أنه يحق للأطراف المتعاقدين الاتفاق على إخضاع الخلافات للقانون الذي يحقق مصالحهم المتعارضة وفق المنطق والعدالة. (سلامه، أحمد عبد الكريم، ص 109) .

وبناء على ذلك فإن المعيار التجاري يحقق متطلبات اقتصادية بحتة. (ياقوت، محمود محمد، ص 54) حيث إن هذا المعيار لا يتطلب انتقال متبادل في رؤوس الأموال والخدمات وإنما يكفي أن يكون هناك انتقالا باتجاه واحد وهذا من أهم النقاط التي يتميز بها معيار المصالح التجارية الدولية. (نادر، المؤيد، ص 91) .

إن مفهوم التسديد الدولي يختلف عنه في التسديد الداخلي بسبب معيار المد والجزر الذي عمل على توسيع مفهومه على خلاف المفهوم الاقتصاد الداخلي. (Yvon, p610) .

أهمية المعيار الاقتصادي :

يرتكز هذا المعيار الذي تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية، ويخلق حركة للنقل أو الخدمات والبضائع عبر الحدود. (منصور، سامي بديع، ص 537) .

هذا المعيار ابتداء بقراري محكمة التمييز الفرنسية الغرفة المدنية بتاريخ 9 شباط سنة 1930 و27 كانون الثاني سنة 1931 وقد تبعتهما قرارات أخرى. (منصور، سامي بديع، ص 537) .

قد ظهر هذا المعيار في عقد التحكيم الدولي وفي المجال المختص بالقروض، فالتحكيم الدولي يكون في العقود التي ينتج عن التزاماتها وتحرك القيم وانتقالها ذهابا وإيابا عبر الحدود مما يترتب نتائج متبادلة في كل من الدولتين المعنيتين بتلك العقود: انتقال البضائع من بلد إلى آخر ومن ثم انتقال ثمنها من البلد الثاني إلى البلد الأول ولو كان كلا المتعاقدين من جنسية واحدة أولهما إقامة على إقليم واحد في حين أن بند التحكيم في العقود الداخلية كان يعتبر بندا باطلا. (ادوار، عيد، ص 11) .

فالمعيار لهذه الجهة هو معيار موضوعي يتناول مادة النزاع: العملية التي يتناولها ذلك النزاع دون عناصرها الشخصية: جنسية أطراف العلاقة أو جنسية المحكمين أو مكان إجراء التحكيم أو القانون الذي يحكمه. (بعبارة أخرى: إن تكييف العلاقة بوصفها وطنية أم دولية ليس مناطه العناصر المادية أو القانونية كمحل الإبرام أو الجنسية.... إنما سبب العلاقة وارتباطها مجردا بمعاملة دولية تتدخل في إطار التبادل التجاري الدولي) حتى ولو كان العقد الأصلي وطنيا من حيث أطرافه ومكان انعقاده وسائر عناصره. (سامية راشد، فؤاد رياض، ص 91).

تبرز أهمية المعيار الاقتصادي وخصوصاً في عقود المبادلات الدولية في إبراز العنصر المؤثر المتمثل في غاية أو سبب التعاقد الذي تترجمه حركة انتقال رأس المال، إن المعيار الاقتصادي يظل قيذا على عقود التجارة الدولية فقط دون الداخلية. (صادق، هشام علي، ص 107).

ومن هنا يمكن القول أيضاً إن العلاقات والعقود التي تبرم في الاعتماد المستندية وإن كان من الممكن تصور تحقق المعيار الاقتصادي لإضفاء الصفة الدولية، إلا أن تحقق المعيار الاقتصادي يستتبع بالضرورة تحقق المعيار القانوني كما ذهب الفقه المتقدم.

2. المعيار القانوني :

إن هذا المعيار قائم على احتواء العلاقة في أي عنصر من عناصر الرابطة القانونية على عنصر أجنبي يعتبر العلاقة القانونية ذات طابع دولي مجرد تطرق الصفة الأجنبية إلى أي عنصر من عناصرها. (عبد العال، عكاشة، ص 91).

وبناء عليه فإن احتوى العقد على أي عنصر من عناصره على الصفة الأجنبية يكون كفيلاً بإضفاء الطابع الدولي على العقد سواء كان هذه العنصر بموضوعه أو محل إبرامه أو مكان تنفيذه. (إبراهيم، أحمد إبراهيم، ص 337).

لقد جاء المعيار القانوني في بدايته من أجل بيان فيما إذا كان للفرقاء أطراف العلاقة التعاقدية الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقتهم التعاقدية المشوبة بعنصر أجنبي، وذلك ابتداء من قاعدة الإرادة في القانون الدولي الخاص، حيث إن اتصال العلاقة التعاقدية بأكثر من نظام قانوني ينتج علاقة دولية، مما يترتب عليه الخضوع لقواعد القانون الدولي الخاص، حيث أن وجود العنصر الأجنبي الذي يؤدي إلى إخضاعها لهذه القواعد مما يترتب بالنتيجة إبراز نظرية التنازع والحلول التي تطرحها. (منصور، سامي بديع، ص 546).

ويرى أصحاب المعيار القانوني أن العقد قد يصبح دولياً إذا اتصل بأكثر من نظام قانوني لدول مختلفة وعليه فإن العقد يصبح دولياً إذا لم يكن في أحد عناصره عنصر أجنبي، حيث يعتبر العقد دولياً بمجرد ارتباطه بعقد آخر وذلك وفقاً لقرار محكمة استئناف باريس تاريخ 19 حزيران سنة 1970. (المصري، محمد وليد، ص 192).

يقوم هذا المعيار على نهج أن وجود عنصر مختلف عن عناصر العلاقة القانونية الوطنية، مهما كان طبيعته أو نوعه، يؤدي إلى إكساب العلاقة القانونية الصفة الدولية، فيعتبر العقد دولياً إذا كان مكان إبرام العقد مختلفاً عن الجنسية الموحدة للوطنيين وكذلك في حال نشوء نزاع بين الوطنيين على أموال موجودة خارج وطنهم، وإن مكان تنفيذ العقد أو مكان دفع النقود أو أن أحد أطراف العلاقة للسلع أو الخدمات أو انتقال للقيم المالية، فإن مجرد وجود عنصر أجنبي في العلاقة القانونية يؤدي إلى إكساب العلاقة القانونية الصفة الدولية. (عبد المجيد، منير، ص 21).

الفقه الحديث، يرى جمود في المعيار القانوني لذلك فإنهم يرون أن اعتبار العلاقة القانونية دولية أو وطنية تم من خلال الظروف المحيطة للعلاقة القانونية التي يتم من خلالها تحريك القواعد القانونية التي تم وضعه من أجل حكم العلاقة القانونية الدولية من نطاق القانوني الداخلي،

حيث إن العلاقة القانونية إذا كانت بطبيعتها تتمركز في داخل محيط العلاقات القانونية الداخلية الوطنية فإنها لا تعتبر ولا يتم إضافته إلى حكم العلاقة الدولية، لأنها لم تتعد نطاق القانون الداخلي. (KOSHRIE p537) نقلا عن (صادق، علي، ص 14).

وبالتالي فإنه لا يتم اعتبار العقد دوليا من وجهة نظر هذه النظرية المعيار القانوني الذي تم مهاجمته واعتبر أن العقد يكتسب الصفة الدولية إذا كان أحد عناصره المكونة له أجنبيا مهما كان تأثير هذا العنصر إيجابيا أم سلبيا، وقد اعتبر أصحاب هذا الاتجاه أن وجود هذا العنصر الأجنبي مهما كان دوره أو لم يكن له دور فإن العقد وبناء عليه يصبح دوليا إلا أن المعارضين آخذو بهذا المعيار ولكن وفق متطلبات عديدة من أهمها أن يكون هذا العنصر مؤثرا، ولكن على الرغم من اعترافهم بهذا المعيار لكنهم لا يأخذون به بصفة مطلقة، وإنما رأوا أن العنصر الأجنبي إذا لم يكن مؤثرا بصفة أساسية في العقد فإنه لا يمكن بناء عليه إكساب العقد الصفة الدولية، ومعرفة فيما إذا كان العنصر الأجنبي مؤثرا أم لا يتم إلا من خلال تحليل الظروف المحيطة بالعقد، حتى يتم الوصول إلى أنها تتصل بعملية قانونية يتعدد فيها القانون الداخلي لدولة واحدة، حيث أنه لا يتم اعتبار العلاقة القانونية دولية إذا لم تتجاوز النظام الداخلي بكافة عناصره المادية والمعنوية، حتى لو كان مكان إبرام العقد أو تنفيذه أو أحد أطرافه له جنسية مختلفة، وعليه فإن هذا العنصر يجب أن يكون مؤثرا تأثيرا ايجابيا حتى يتم اعتبار العقد دوليا. (MAURY , P. 27-32) .

وبناء على هذا الاتجاه فإن، مكان إبرام العقد، له تأثير واضح فإنه لا يعد معياراً كافياً من أجل إضفاء الصفة الدولية للعقد المبرم داخل الإقليم ليس عقداً داخلياً، وعلى العكس فإن مكان الإبرام الخارجي قد يحمل الطابع الداخلي. (EL- KOSHRIE. 479ETS) نقلاً عن (أحمد، القشيري، ص 115).

يقوم المعيار القانوني على ارتباط العقد بأكثر من نظام قانوني قد تكون (شخصية أو موضوعية) يعود إلى العديد من الدول المختلفة، شخصية : جنسية المتعاقدين و موضوعية مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه. (EL- KOSHRIE. ETS479) نقلاً عن (أحمد، القشيري، ص 115).

وقد جاء في قرارات لبعض المحاكم منها محكمة التمييز الفرنسية في قرار بقي منعزلاً للعناصر الموضوعية لإضفاء الصفة الدولية على العقد في وقائع قضية حدثت في فرنسا سنة 1980 حيث تتركز وقائع هذه القضية على أنه تم إبرام عقداً بين فرنسيين وموضوعه أن يمثل أحدهما الآخر في كولومبيا، حيث اعتبرت المحكمة أن العقد لا يكتسب الطابع الدولي، كما اعتبرت أحد المحاكم اللبنانية بأنه لا يكفي لذكر عملة أجنبية في العقد كعملة إيفاء أو حساب لاعتبار أن العقد هو دولي : (استئناف مختلط رقم 125 ت / 17 / 12 سنة 1941 دليل الاجتهاد اللبناني، المحاكم المختلطة، ج 2 تحت كلمة نقود ص 868 رقم 75).

كما لا يصبغ على العقد الصفة الدولية تعاقد الأجنبي مع الدولة وعلى أن يتم دفع قيمة الالتزام بالعملة العثمانية الذهبية.(1)

(استئناف بيروت المدنية رقم 86 ت / 1 سنة 1955 ن . ق . سنة 1955 ، ص 376)

وتكمن صعوبة هذا المعيار: في انه جامد لأنه يؤدي إلى تحريك وإعمال أحكام القانون الدولي الخاص، لمجرد أن يتوافر في الرابطة العقدية عنصراً أجنبياً، مهما كان نوع هذا العنصر وطبيعة الرابطة المطروحة .

إن هذا المعيار قائم على السلطة التقديرية الواسعة للقاضي حيث أن تحديد فيما إذا كان العقد يتضمن في احد عناصره عنصر أجنبيا وفيما إذا كان هذا العنصر أو المعيار يشكل تأثيرا في إكساب العقد الصفة الدولية هو أمر متروك لتقدير القاضي الأمر الذي يشكل خطورة واضحة، ذلك أن القاضي الوطني الناظر في موضوع النزاع، والذي يحدد فيما إذا كان النزاع يتضمن العنصر الأجنبي أم لا فكيف لقاضي سلك التشريعات الوطنية الذي تشعب بها ونشئ فيها وحكما وفقها، أن يحدد أن هذا العنصر هو أجنبي الأمر الذي يؤدي إلى خروج الاختصاص الإقليمي لدولته الذي بطبيعة الحال إن كل أعمالها ونهجه يكون بتغليب تشريعه الوطني على أي تشريعات أخرى، وهو ما يؤدي به في الغالب إلى تطبيق قانونه الوطني من الوجهة العملية وفي ذلك عودة إلى فكرة الإقليمية البحتة. (إبراهيم، أحمد إبراهيم، ص228-229) .

وبناء عليه فهل يكفي المعيار القانوني الموسع لإضفاء الصفة الدولية على عقود الاعتماد المستندية، فعند قيام الرابطة العقدية بين أردني وفرنسي، وكان هذا العقد سيتم تنفيذه بالأردن، فهل يكفي مكان الإبرام في هذه الحالة مؤشرا ودالا إلى اكتساب الصفة الدولية التي بناء عليه يتم تحريك قواعد الإسناد . ونتيجة لهذه التساؤلات كانت النتيجة ظهور معيار قانوني يسمى (المعيار القانوني المضيق) .

1.المعيار القانوني المضيق: لقد رأى أصحاب هذا الاتجاه أنه لا يكفي وجود العنصر الأجنبي في الرابطة التعاقدية حتى تكسب الصفة الدولية، إنما هذا العنصر الأجنبي يجب أن يكون مؤثرا، هذا التأثير يجب أن يكون ايجابيا أما إذا كان سلبيا فإنه لا يمكن إضافة الصفة الدولية على العقد. (الهداوي، حسن، ص 10) .

إن تحديد فيما إذا كان العنصر الأجنبي الموجود في الرابطة العقدية مؤثراً أم لا، فيتم حينها إصباغ الصفة الدولية، هذا التحديد للعنصر يتم من خلال القيام بدراسة تحليلية، تعمل على تركيز العقد بكافة عناصره، فهذا التركيز

إما أن يتم ضمن إطار نظام قانوني داخلي معين، مما يترتب عليه اعتباره عقداً داخلياً حتى لو كان أحد عناصره يتسم بالصفة الأجنبية، أو أن العقد قد يتجاوز هذا الإطار القانوني الداخلي لاتصاله بأكثر من نظام قانوني، الذي يعتبر من أكثر العناصر الفعالة والمؤثرة، التي تزد هذه الأهمية بازدياد عناصر الاتصال القانوني وتعدده الأمر الذي له أهمية في إضفاء الصفة الدولية على هذا العقد، هذه العناصر المؤثرة تختلف من عقد إلى آخر فما لا يعتبر مؤثراً في عقد معين قد يعتبر مؤثراً في عقد آخر الذي بناء عليه تتحرك قواعد القانون الدولي الخاص، والتي قد تكون قواعد إسنادية أو قواعد موضوعية والذي يعمل على تحليل هذه العناصر ومعرفة مدى تأثيره هو القاضي إلا أن بعض التشريعات ومنها الأردني قد قام ببيان هذه العناصر المؤثرة من عدمه وبالتالي تلافى أمر ترك تحديد هذه العناصر للقاضي .

تطبيقات عملية على هذا المعيار:

لقد اعتبرت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع لسنة (1980) (اتفاقية فينا) مكان إقامة الطرفين، عاملاً مؤثراً يترتب عليه تطبيق أحكام الاتفاقية، فيما لم تعتبر اتفاقية لاهاي لسنة 1955 جنسية الطرفين وبنص صريح معياراً مؤثراً لتطبيق أحكام اتفاقية أخرى.(عبابنة، علاء، ص 52) . وبالإضافة إلى الاتفاقية التي تحدد المعيار أو العوامل المؤثرة فإن للقاضي كما أشرنا سابقاً إلى دور القاضي الذي هو دور تقديري وإلى خطورة هذا الدور فإنه في أغلب التشريعات عملت على الحد من هذا الدور من خلال إخضاع مسألة تكييف الكشف عن العنصر الأجنبي المؤثر لرقابة محكمة التمييز، الأمر الذي يكون على درجة عالية من الدقة والموضوعية. (عكاشة، عبد العال، ص 91) . ونتيجة لهذا التضارب في القرارات والتطبيقات بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي نشأ معيار ثالث سمي بالمعيار المختلط.

وعلى الرغم من وضوح هذا المعيار وسهولته في بعض الجوانب، إلا أنه غير كافٍ لتحديد فيما إذا كان العقد يتمتع بالصفة الدولية أم لا، وخصوصاً إذا كان في بعض الفروض وجود العنصر الأجنبي في العقد قد يكون أمر طارئاً، ولا علاقة له بالتجارة الدولية أو مصالحها، وبناءً عليه حكمت محكمة النقض الفرنسية حكم يقضي بعدم الأخذ بهذا المعيار، ورفضت الاعتراف بالصفة الدولية لعقد أبرم بين فرنسيين اتفاقاً على أن يمثل أحدهما الآخر في كولومبيا (نقض فرنسي 9 شباط 1930، د اللوز سيري 1931، ص 514، المصري، محمد وليد، ص 192).

3. المعيار المختلط:

إن التردد القضائي باعتماد معيار قاطع ونهائي يجري تغلبه دفع بالفقه إلى إنشاء المعيار المختلط، وهو ما أكدته محكمة استئناف باريس في وقائع القضية التالية: بأن عقد وكالة تجارية مبرمة بين متعاقد فرنسي وشركات سويدية موضوعه إدخال بضائع ومنتجات تعود إلى تلك الشركات إلى السوق الفرنسية وترويجها.

كما يقول جاكيه (إلى جانب العلاقة الداخلية والعلاقة الدولية التي تتعد بعنصر أجنبي تأتي لتضاف إليها علاقة موضوعية دولية يبرر وجودها نظام قانوني نوعي وليس مجرد اختيار قانون معين للتطبيق). (Jacquet, p 190). نقلاً عن (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص 199).

كما أن محكمة التجارة في باريس قد قضت بصحة تلك البنود التحكيمية ولكن استناداً إلى سبب خاطئ، هو الصفة التجارية للمتعاقد الفرنسي مع أنه ليس سوى وكيل لا يقوم بالعمل باسمه الخاص مما تنتفي معه الصفة الدولية حجة المحكمة أن صفة المتعاقد كوكيل لم تكن مسجلة في السجل الخاص بالمهنة، رغم توصل محكمة استئناف باريس إلى النتيجة نفسها إلا أنها صححت الأسباب التي اعتمدها المحكمة بنظرها: إن صحة تلك البنود تجد مصدرها في الطبيعة الدولية للعقد لقد ارتكزت قرار المحكمة على أساس المعيار القانوني في تحديدها الطبيعة الدولية للعقد.

دون أن تتجاهل المعيار الاقتصادي في أن معا، حيث اعتبرت أن، (العقد الذي يبرم في السويد بين شركتين تجاريتين سويديتين وفرنسي هو عقد دولي، لأنه يتصل بأنظمة قانونية مختلفة تعود إلى عدة دول (المعيار القانوني) فله الصفة الدولية للإبرام والاختلاف في جنسية الأطراف المتعاقدة وموضوعه الأساسي الذي هو إعطاء صلاحيات لوكيل بالقيام في فرنسا بأعمال قانونية باسم شركات أجنبية بهدف تنشيط الاستيراد إلى فرنسا لبضائع منتجة في الخارج (المعيار الاقتصادي) الحكمة في القرار كمنطلق وبشكل صريح المعيار القانوني لإعلان دولية العقد، استنادا إلى عناصر خارجية للعلاقة النزاعية وهو ما يؤدي إلى اتصال العقد بأكثر من نظام قانوني نتيجة تعدد نقاط الاتصال، ومع ذلك لم يستبعد القرار صراحة المعيار الاقتصادي بارتكازه إلى نشاط الوكيل الذي يدخل في نظام اقتصادي يقوم على عمليات الاستيراد إلى فرنسا لبضائع ومنتجات من الخارج مما لا يثير أدنى شك أو تردد في ارتباط ذلك العقد بمصالح التجارة الدولية على النحو الذي عرفه المدعي العام لدى محكمة التمييز .

فالعقد الدولي: (بمعنى الإيفاء الدولي- يكون عندما يتطلب دخول وخروج القيم أو الخدمات أو الأموال إلى خارج الحدود). (منصور، سامي بديع، ص 514).

لقد جاء في قرار لمحكمة استئناف باريس في 9 / 11 / لسنة 1984، (المجلة الانتقادية (1987)، ص 824). جمعت المعيارين معا في قرار جاء فيه: "... إن العقد الذي أبرم في السويد وفي فرنسا بين شركتين تجاريتين سويدية وفرنسية هو عقد دولي، حيث أنه يتصل بأنظمة قانونية لدول مختلفة (وهنا نجد المعيار القانوني) فله الصفة الدولية بسبب مكان الإبرام والاختلاف في جنسية الأطراف المتعاقدة، وبسبب موضوعه الأساسي

(وهنا يبدأ المعيار الاقتصادي) بإعطاء صلاحيات لوكيل في فرنسا للقيام فيها بأعمال قانونية باسم شركات أجنبية بهدف تنشيط الاستيراد إلى فرنسا لبضائع منتجة في الخارج.(المصري، محمد وليد، ص 193) .

ذهب جانب من الفقه إلى أنه لا يكفي أن يتحقق في العقد عنصرا أجنبيا كي يصبح دوليا، بل يجب أيضاً أن يترتب على هذا العقد تداولاً للقيم عبر الحدود. (SALAMAK . p 56).

وعليه فإن منطق هذا الاتجاه يقوم على أن العقد حتى يتم إصباغ الصفة الدولية فإنه يشترط في ذلك شرطين: الأول يتمثل في اشتمال العقد على العنصر الأجنبي ولكن هنا وفي هذا المعيار هل المقصود بالعنصر الأجنبي المؤثر أما لا ؟ والشرط الثاني هو وجود انتقال للأموال والقيم والخدمات وهنا هل يشترط انتقال متبادل أم لا ؟

وطبقاً لهذا المعيار، فإن مناطى دولية العقد وهي اشتماله على عنصر أجنبي وانطوائه في ذات الوقت على حركة الأموال عبر الدول بحيث يضيفى على العملية طابعا يجاوز إطار الاقتصاد الوطني، أو أن يثير العلاقة مصالح مرتبطة بحاجات التجارة الدولية، ومن هذا القبيل عقد البيع التجاري الذي يترتب عليه خروج البضاعة من فرنسا ودخول ثمنها إليها أو العكس، مثل عقد الاعتماد المستندية الذي يترتب عليه دخول عملة الدائن الأجنبي إلى فرنسا وخروج عملة المدين الفرنسي منها بغية الوفاء بالدين. (عبد المجيد، منير، ص 30) .

وعليه فإن أصحاب هذا الاتجاه يرون بأن اندماج كل من المعيارين الاقتصادي والقانوني، في المعيار المختلط يهدف إلى الوصول إلى أفضل الطرق لأصباغ الصفة الدولية على العقد، وقد انتقد هذه المعيار عملية تحليل كل العناصر الموجودة في العقد اعتمادا على معيار واحد دون الاعتداد بالمعيار الآخر، الأمر الذي يؤدي إلى نتائج غير مقبولة

ولا يكون من الواقع بشيء وهو ما توصلت إليه بعض المحاكم في أحكامها ومنها القضاء الفرنسي كما تم الإشارة إليها سابقا. (ياقوت، محمد محمود، ص 60) .

نطاق تطبيق المعيار المختلط :

المعيار القانوني هو دائما ملحوظ عند أعمال المعيار الاقتصادي: فكل عقد يرتبط بمصالح التجارة الدولية هو عقد يرتبط بأكثر من نظام قانوني ليس من الضروري أن يتصل بمصالح التجارة الدولية. (Goldman.p313).

ومن هنا تظهر التجزئة في فكرة العقد الدولي على ضوء المفاهيم النقدية بين عقد دولي وعقد اقتصادي لا يخضع في مسألة عملة الدفع أو الحساب إلى نظرية التنازع وبين عقد دولي غير اقتصادي وهو يخضع بمفاهيمه وإبعاده إلى نظرية التنازع (Loussouarn et Bourel. p384) .

صعوبات هذا المعيار:

لقد وضع هذا المعيار شروط من أجل إضافة الصفة الدولية على العقد حيث إنه يجب أن تكون مؤثرة وفعالة للعناصر الأجنبية، وبخلاف ذلك فإنه لا يؤخذ بها، أي أنها يجب أن تتجاوز الإطار الداخلي للقوانين الداخلية وكذلك الأمر بالنسبة للإطار الاقتصادي فإنه يتوجب الخروج من نطاق الاقتصاد الداخلي إلى نطاق الاقتصاد العالمي حتى يتم إصباغ وإضفاء الصفة الدولية على هذا العقد.

4.الترجيح في ظل واقع الاعتماد المستندية :

إن كل معيار من المعايير السابقة لها خصوصية معينة، وبعد استعراضها فإن ما يمكن أن يطبق على الاعتماد المستندية هو المعيار المختلط وذلك للأسباب التالية:

إن المعيار المختلط يجمع بين المعيار القانوني، والمعيار الاقتصادي، حيث إنه اشترط بالمعيار الاقتصادي أن يكون هناك تبادل تجاري، فالاعتمادات المستندية ما وجدت إلا من أجل تسهيل حركة

التجارة الدولية وتحقيق الثقة

لكل من البائع والمشتري، وأن هذه الوسيلة والآلية تقوم على تحقيق السيولة المادية لكل من الطرفين التي تعمل في الأغلب الأعم في إطار تنظيم عالمي دولياً، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن معظم عناصر عقود الاعتمادات المستندية تخرج من إطار القانون الداخلي إلى إطار القانون الدولي الخاص، مما يستوجب أعمال قواعد خاصة (قواعد التنازع) في حال حدوث خلافات أو نزاعات.

كذلك إذا أخذنا بمعيار دون الآخر فإننا قد لا نخرج من نطاق القانون الداخلي الأمر الذي يترتب عليه عدم إضفاء الطابع الدولي على عقود الاعتمادات المستندية. حيث إنه وفق أصحاب النظرية الموضوعية بالمفهوم الموسع فإن وجود عنصر أجنبي في العلاقة التعاقدية يستوجب أن يكون فعالاً سواء وفق المعيار الموضوعي أو الشخصي فإذا لم يكن مؤثراً فإننا لن نخرج من الإطار الداخلي للقانون الوطني، ولكن قد لا يكون العنصر مؤثراً ولكن إذا أعلننا المعيار الاقتصادي فإننا يمكن إصباح الصفة الدولية ونخرج العقد من الإطار الداخلي إلى القانون الدولي الخاص، أي أنه في حال توفر الشروط وفق المعيار القانوني فإنها يمكن أن تحقق وفق المعيار الاقتصادي والعكس صحيح لذلك فإنه وفي ظل وقع الاعتمادات المستندية التي تتطلب تنظيم من نوع خاص فإن المعيار المختلط يعد أفضل المعايير من أجل إصباح الطابع الدولي عليه. (الهداوي، حسن، ص 49).

وكذلك فإن المعيار الاقتصادي لا يستطيع إكساب الصفة الدولية للعقد فلا يكفي أن يكون هناك انتقال لرؤوس الأموال والخدمات ما بين الحدود أو أن يحقق مصلحة التجارة الدولية، أو أن يتجاوز النطاق الاقتصادي الداخلي، دون أن يكون هناك اتصال ما بين عناصره مع أي نظام قانوني أجنبي أو العكس إنما يجب أن يكون هناك اتصال بين عناصر العقد هذا الاتصال يكون بين أكثر من قانون وبالمقابل يكون هناك انتقال للأموال بالإضافة إلى مصلحة التجارة الدولية .

وبعد أن تم معرفة أن الاعتمادات المستندية هي عقد من عقود التجارة الدولية فإن ذلك يؤدي إلى تطبيق القواعد القانونية الخاصة في القانون الدولي الخاص لمعرفة القانون الواجب التطبيق بعد أن عجزت الأعراف والأصول الموحدة عن حل هذه المشكلة وسيتم معرفة القانون الواجب التطبيق من خلال المنهجية الأبرز، والأنجع في حل مشكلة تنازع القوانين من خلال الأداة الاستثنائية لحل تنازع القوانين (قواعد الإسناد الوطنية) قواعد الإسناد التي تتميز بأنها وعن طريق ضوابط معينة تشير إلى القانون الواجب التطبيق، فالعلاقة المشبوبة بعنصر أجنبي من خلال هذه القواعد يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة، حيث تتكفل القواعد الموضوعية بحكم العلاقة القانونية موضوع النزاع. (الهداوي، حسن، ص 49).

6. التنظيم القانوني للاعتمادات المستندية :

لم تقم معظم الدول بتنظيم قانوني للاعتمادات المستندية، إنما تحكمه العادات والعرف والقضاء، وبما أن الاعتمادات المستندية كما توصل الباحث سابقاً فإنها دولية بطبيعتها حيث إنه يربط العديد من الأطراف من دول مختلفة، لذلك كان السعي لتوحيد القواعد والأعراف المتعلقة به مراعاة لصالح التجارة الدولية، حيث سعت إلى ذلك غرفة التجارة الدولية فقد أقرت في مؤتمر فيينا سنة 1933 القواعد والأعراف الموحدة المتعلقة بالاعتمادات المستندية، وفي سنة 1951 ظهرت الحاجة إلى تنقيح هذه القواعد ثم (سنة 1967 في نابولي وسنة 1962 وسنة 1974 وسنة 1983) على أن يعمل بها من أول أكتوبر 1984 وأخيراً سنة 1993 على أن يعمل بها من أول يناير 1994) وعرضت المواد من (341 إلى 350) من قانون التجارة الجديد للاعتماد المستندي، ونصت المادة (341) فقرة (2) على أنه تسري" فيما لم يرد في شأنه نص خاص في الفرع السابع من الباب الثالث منه المتعلق بالاعتماد المستندي القواعد الواردة بالأعراف الموحدة

حيث أن هذه القواعد تطبق حتى في حال عدم الاتفاق ولكن المعمول به حالياً هو على خلاف ذلك حيث أن هذه القواعد لا تطبق إلا إذا اتفق الأطراف صراحة على الأخذ بها. (طه، مصطفى كمال، ص91) .

لقد شرعت قواعد الأصول والأعراف الموحدة لمعالجة عقود الاعتمادات المستندية الدولية، ولكنها لم تنظم جميع المسائل التي تدخل ضمن إطار موضوع "عقد الاعتماد المستندي" هذه القواعد الموحدة لم تنظم جزاء عدم التنفيذ، ونظام التعويضات، وعيوب الرضا وتنازع القوانين في القانون الواجب التطبيق على مسائل عقد الاعتمادات المستندية الدولية، وأن ما يهم في هذا المجال البحث في القانون الذي يحكم العقود والقانون الذي يحكم المسؤولية التقصيرية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية والبحث هنا عن القانون الواجب التطبيق على الاعتماد المستندي الدولي والعلاقات القانونية الناشئة عنه.

هذا التحديد سيتم من خلال استعراض الفصول القادمة، حيث سيتم تحديد القانون الواجب التطبيق على الحالة التي ينفذ بها الاعتماد المستندي بواسطة بنك واحد الذي يظهر من خلال حالتين الأولى يتوجه فيها البنك إلى العميل ويسلمه خطاب الاعتماد، وبدوره يقوم بنقله إلى المستفيد. الثانية التي يشترك في عملية تنفيذ الاعتماد المستندي بنكا، ولكن في الواقع العملي الذي ينفذ الاعتماد المستندي بنك واحد "هو البنك المصدر للاعتماد" والبنك الآخر الذي يشترك في هذه العملية البنكية هو البنك الوسيط سواء أكان فرعاً للبنك المصدر أم مرسلًا والذي دوره لا يتعدى التبليغ. أما الحالة الثانية الذي ينفذ فيها الاعتماد من قبل أكثر من بنك.

وعليه فإنه في حال نشوء خلاف في عقد الاعتمادات المستندية وكون هذه العلاقة من عقود التجارة الدولية كما تحدثنا سابقاً فإن قواعد القانون الدولي الخاص تطبق وذلك سندا للمعيار المختلط وبما أن هذه العلاقة دخلت في كنف القانون الدولي الخاص فإن قواعد الإسناد هي التي تطبق من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق.

إن هذه القواعد (قواعد الإسناد) لا يتكفل المشرع الوطني بتنظيمها من خلال تشريع معين فقد يتم عن طريق الاتفاقات الدولية إلا أنه في الاتفاقيات الدولية للاعتمادات المستندية وخصوصاً في الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية في النشرة (600) لم تقم بتنظيمها .

وقد برزت نتيجة الحاجة الماسة لتنظيم مثل هذه العلاقة قواعد مشتركة اتفقت عليها العديد من الدول لتحكم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي على شكل قواعد إسناد أو قواعد موضوعية، وذلك من خلال توحيد قواعد تنازع القوانين حيث يتم الاتفاق على تبني قواعد إسناد تكون واضحة للإطراف المتعاقدين مسبقاً في أي قانون يحكم علاقتهما القانونية، أضف إلى ذلك توحيد القواعد الموضوعية بالنسبة لمسائل القانون الدولي الخاص (كاتفاقية فينا 1980) .

إن تطبيق قواعد الإسناد يتطلب معرفة طبيعة هذه الروابط القانونية من أجل التمكن من تحديد قاعدة الإسناد التي يتم من خلالها تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الروابط القانونية من أجل أعمال القواعد الموضوعية للحكم في النزاع المعروض أمام القاضي.

وعليه فإنه في حال نشوء منازعة في عقد الاعتمادات المستندية فإن القاضي يعمل على تحديد هذه الرابطة القانونية من أجل تحديد قاعدة الإسناد التي بمقتضاها يستطيع القاضي أن يعين القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة القانونية من أجل حكمها موضوعياً، ذلك أن قاعدة الإسناد تقوم بوظيفة محددة ليس الفصل بموضوع النزاع المعروض أمام القاضي

إنما يقتصر دور هذه القواعد على تقرير مبدأ إخضاع كل مجموعة معينة من العلاقات القانونية لقانون يتم تحديده بمقتضى ضابط أطلق عليه (ضابط الإسناد).

إن معرفة أي قاعدة إسناد سيتم تطبيقها يتطلب معرفة طبيعتها أو لأي صنف تنتمي حتى يتمكن القاضي من إدراجها ضمن المجموعة التي تم تحديد قاعدة إسناد معينة وهذا لا يقوم إلا من خلال عملية التكييف التي سيتم التطرق لها في القسم الثاني من هذا الفصل.

أ. قواعد الاسناد الوطنية التي تنظم تنازع القوانين في الاعتمادات المستندية :

في حال حدوث منازعة بين أطراف الاعتمادات المستندية فإن القاضي يقوم باللجوء إلى قواعد الإسناد من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق بسبب وجود العنصر الأجنبي أو أكثر، حيث يتزاحم على حكمها قانونين أو أكثر كل منها صالح للتطبيق، ولكن يتعين اختيار قانون واحد لحكم النزاع القائم، ويكون دور القاضي تحديد القانون الأنسب لحكم هذه العلاقة، والقاضي في أعماله لهذه القواعد سوف يستأنس ببعض مبادئ القانون الدولي الخاص من جهة، وسيأخذ في اعتباره بعض العوامل كالسياسية التشريعية في بلده وحاجة المعاملات الدولية وتحقيق العدالة وتفادي تناقض الأحكام. (اللافي، محمد مبروك، ص 48) .

وهذه القاعدة تعتبر قاعدة غير مباشرة حيث إنها لا تنطبق على النزاع مباشرة ويكون دورها فقط في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة ذات العنصر الأجنبي، وهذه القاعدة قد تكون مزدوجة في حال أن تم الإشارة باختصاص القانون الوطني والقانون الأجنبي بالقاعدة نفسها. (اللافي، محمد مبروك، ص 48) .

القانون الواجب التطبيق على تطبيق قاعدة الإسناد:

اختلفت الآراء الفقهية حول القانون الواجب التطبيق على قاعدة الإسناد فهل نطبق قانون القاضي أم القانون المقارن أم القانون الذي سيحكم النزاع، أم للقانون المتفق عليه.

عناصر قاعدة الإسناد: تتكون قاعدة الإسناد من ثلاثة عناصر وهي: الفكرة المستندة، وضابط الإسناد، والقانون المسند إليه .

لقد توصل الفكر القانوني في مجال تنازع القوانين إلى آلية حل مسائله من خلال القيام بتحديد العلاقات المختلفة وتقسيمها إلى فئات أو أفكار مسندة (الأصناف القانونية) ويتم عبر ضابط الإسناد أو ظرف الإسناد إخضاعها للقانون المناسب. وهذه الآلية تتم وفق مرحلتين: الأولى يتم فيه تحديد النزاع أو العلاقة لربطها بإحدى الأفكار المسندة .

أما الثانية: فإسناد الفكرة المسندة بضابط للإسناد يتكفل بتحديد جنسية القانون الملائم. (وهذه المراحل تعتبر مراحل تحديد القانون الواجب التطبيق).

الفكرة المسندة: ويمكن تعريفها بأنه: (وهي مجموعة من العلاقات أو المسائل المتقاربة أو المتشابهة أو التي تشدها إلى بعضها البعض صلات نسب أو سمات قرابة قانونية). (البستاني، سعيد، ص 117)

إن المشرع في كل بلد يقوم بتحديد لكل فكرة منها ضابط خاص يسمح بإسنادها إلى قانون معين. كما إن بعض التشريعات جعلت فكرة الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة، فكل ضابط إسناد يكون مسبقا بفكرة مسندة يركن إليها وكل فكرة مسندة تمهد لتعيين ضابط الإسناد الذي يكشف في النهاية عن القانون الواجب التطبيق .

أ. ضابط الإسناد (ظرف الاسناد وعنصر التعليق):

يمكن تعريف ضابط الإسناد بأنه: (هو الأداة التي يستند إليه المشرع في بنية قاعدة الإسناد لتعيين القانون الواجب التطبيق ويتم اختيارها من خلال العناصر المكونة للعلاقة القانونية) وهذا الضابط يكون مستمدا إما من سببها كمحل إبرام العقد ومحل وقوع الفعل الضار أو النافع أو من أطرافها كالجنسية والموطن ومحل الإقامة والإرادة المشتركة لهما أو من مكانها كموقع المال ومكان التنفيذ. (البستاني، سعيد، ص199) .

إن ضابط الاسناد يجب أن يكون على علاقة بأحد عناصر الحالة القانونية، التي قد تكون متعلقة بالعنصر الموضوعي أو بالعنصر الشخص التي تكون على ارتباط مع ظرف إرادة المتعاقدين وان هذا العنصر قد يكون متعلق بالواقعة لمحل وقوع الفعل الضار أو المنشئة لمحل إبرام هذه العمل.(البستاني، سعيد، ص119) .

وعليه فإن عناصر الحالة القانونية تكون إما شخصية وإما موضوعية وإما الواقعة المنشئة ويجب أن يكون ضابط الإسناد على اتصال بهذه العناصر .

لقد تعددت أنواع ضوابط الإسناد بين ضابط وحيد للإسناد أو أكثر من ضابط أو قد تتضمن قاعدة الاسناد ضابط أصلي وضابط احتياطي أو أكثر كما في قاعدة الإسناد الأردنية المتعلقة بالعقود المادة (20) مدني أردني والتي تقوم إرادة المتعاقدين كضابط أصلي وعلى الموطن المشترك كضابط احتياطي أول وعلى مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه كضابط احتياطي ثان عند انتفاء الأول، وتم تقسيمها إلى ضوابط وقتية وضوابط مستمرة أو من حيث قابليتها للتغيير إلى ضوابط ثابتة وأخرى قابلة للتغيير أو الانتقال .

وبناء على ماسبق فإن المشرع الأردني وضع قاعدة إسناد للالتزامات التعاقدية وأخرى لغير التعاقدية :

أولاً: (20) والتي تنص على مايلي : (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلفا سري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك 2. على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار).

ثانياً: المادة (22) تنص على مايلي: 1. (يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام . 2. ولا تسري أحكام الفقرة السابقة بالنسبة إلى الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في المملكة الأردنية الهاشمية وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه).

أي أنه في حال نشوء منازعة أو خلاف في الاعتمادات المستندية فإن القاضي يرجع إلى نص المادة (20) في الالتزامات التعاقدية والمادة (22) في الالتزامات غير التعاقدية من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق، إلا أن هذه النصوص لم تكن كافية لمعالجة هذا النوع من العقود الذي له من الخصوصية بمكان تتطلب القيام ببحث أكثر ودراسة معمقة لهذه النصوص وهذا ما سيقوم به الباحث في هذه الرسالة من خلال الفصول القادمة للتعرف على مواطن الضعف والقصور ومحاولة معالجتها بالإضافة إلى التعرف على مواطن القوة ومحاولة تدعيمها حتى تصبح أكثر قوة .

بعد أن تعرفنا في هذا القسم بأن كل قاعدة من قواعد الإسناد يوكل لها صنف معين من العلاقات القانونية يتعين بظرف إسناد لذا فإن الأخذ بقاعدة الإسناد هذه، أو تلك يتطلب تحري المسألة المعروضة أي معرفة طبيعتها أو لأي صنف تنتمي حتى يتسنى إدراجها ضمن الطائفة التي خصها المشرع بقاعدة

الإسناد

وتحديد المجموعة أو الصنف الذي تنتمي إليه هذه العلاقة موضوع النزاع يثير ما يطلق عليه بالتكييف، وهنا يأتي دور القاضي الذي يجري هذه العملية التي تثير العديد من المشاكل التي تعود بسبب اختلاف القواعد القانونية المنظمة لهذا النزاع من التعاملات وما هو القانون الذي يوكل الاختصاص في التكييف؟ هل هو القانون المتفق عليها وهذا ما سيتم بحثه في القسم الثاني من هذا الفصل :

تعتبر قواعد الإسناد أو ما يسمى بقواعد (تنازع القوانين) الوسيلة الفنية الغالبة والمألوفة لحل مشكلة تنازع القوانين. (صادق، هشام علي، ص 49).

لقد سعت معظم التشريعات ومنها الأردني والمصري إلى جعل مهمة القاضي سهلة من أجل الوصول إلى معرفة القانون الواجب التطبيق في العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي حيث إن مهمة القاضي في النزاعات الوطنية لا يعترضها معوقات في تحديد القانون الذي يطبق على النزاعات الوطنية فالقانون الوطني هو الذي يطبق بينما في النزاعات المشوبة بعنصر أجنبي التي تخرج من نطاق العقود الوطنية إلى نطاق العقود الدولية، التي اكتسبت الصفة الدولية وفق المعيار القانوني أو المعيار الاقتصادي أو وفق المعيار المختلط الأمر الذي يترتب عليه تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص وأعمال قواعد الإسناد من أجل الوصول إلى القانون الواجب التطبيق من بين العديد من الأنظمة القانونية التي تتجاذب لحكم النزاع المعروض على القاضي الوطني فإن مهمة القاضي لا تقتصر على تطبيق قواعد الإسناد من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق من بين العديد من الأنظمة القانونية التي تسعى لتطبيق قانونه على النزاع موضوع الخلاف، إن عملية اختيار القانون الواجب التطبيق الذي يحقق للأطراف العدالة والمنطق للمتخاصمين تتم وفق منظومة من الإجراءات من أجل تحقيق مقتضيات العدالة والإنصاف والمنطق، إن هذه العملية الإجرائية والتي تشكل قواعد الإسناد المرتكز الأساسي، هذه الأداة الفريدة استخدمت من أجل حل الخلافات الخاصة الدولية .

وذلك بعد أن كانت الدول تتعنت في عدم تطبيق أي قانون أجنبي أضحت اليوم بفعل التجارة الدولية التي كان هذا العائق من أهم معوقات تقدم التجارة الدولية وازدهاره وكان هذا الدافع الرئيسي في تنازل الدول بإرادتها بالسماح بتطبيق قانون معين لحكم هذا النزاعات المشوبة بعنصر أجنبي، وهذا التنازل يتم من خلال قواعد تسمى قواعد الإسناد التي تعمل على تقسيم العلاقات المختلفة إلى فئات أو أفكار أو أصناف.

إن التطورات الاقتصادية والتجارية التي أصبحت اليوم عالمية، لا يمكن أن تحقق إنجازات في ظل كل من لا يواكب هذه السرعة والازدهار، من خلال هذه الآلية المميزات الفريدة في أفكاره المختلفة بطبيعته ومكوناتها التي جاءت من أجل تطوير التجارة الدولية و إزالة المعوقات والأنظمة القانونية التي تعطي للدول هيمنة في فرض قانون لا يحقق للأطراف المتخاصمين ما يسعون إليه من عدالة وإنصاف مما يدفعهم للهروب من ممارسة الأنشطة التجارية والاقتصادية مع ذلك البلد أو تجارهم مما يؤدي إلى ضمور التجارة في ذلك البلد متسببا في إعاقة نموه في كافة المجالات (الاجتماعية والتعليمية... الخ). (البستاني، سعيد، ص 115-116).

وبناء على ما سبق ونظرا لأهمية قواعد الإسناد وما تشكله من آلية ومنهجية لحل الخلافات الخاصة الدولية فإننا في هذه الرسالة سنقوم بالتعرف على هذا المنهجية الفريدة في طبيعتها المميزة في منظومة الإجراءات التي يتم إتباعها وذلك من خلال التعرف على عناصرها وما تثيره من العديد من المسائل . وبناء عليه فإن قواعد الإسناد تتكون من ثلاثة عناصر هي: الفكرة المسندة، وظرف الإسناد والقانون المسند إليه؛ وهذه القاعدة تثير العديد من المسائل منها ما يتعلق بتحديد مضمون الفكرة المسندة وتسمى (تنازع التكييفات) وهو ما سيتم مناقشته كالتالي :

إن قاعد الإسناد والتي تعتبر قاعدة غير مباشرة من أجل الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق لحكم منازعة أو مسألة ما، إن هذا الدور لهذه القاعدة يقتصر على الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق في الخلافات المشوبة بعنصر أجنبي دون أن يكون لها أي دور في فصل هذا النزاع، والتي تتكفل بها القواعد الموضوعية في القانون الذي تم تطبيقه، وعلى الرغم من هذا الدور لقواعد الإسناد إلا أن هذا الدور يعتبر أساسيا في تحقيق مقتضيات العدالة والإنصاف فإذا كانت هذه القواعد غير موضوعه وفق معايير سليمة فإن النتيجة لا تكون محققة للمنطق الذي يرنو من وضع مثل هذه القواعد، أضف إلى ذلك أن اختلاف قواعد الإسناد بين الدول بسبب اختلاف التشريعات التي تتباين فيما بينها من حيث تقسيم الفكرة المسندة وتحديد مضمونها يؤدي إلى إثارة العديد من الإشكالات. (عبد العال، عكاشة، ص 91) .

(كافة التشريعات تعرف فكرة الأهلية وفكرة شكل التصرف والميراث آثار الزواج ولكن ما يدخل في فكرة الأهلية في قانون معين قد يعتبر من الشكل في قانون آخر وما قد يندرج تحت فكرة الميراث في قانون ما قد يعتبر من النظام المالي للزوجين في قانون آخر وهكذا). (فهمي، محمد كمال، ص 115) .

ومن هنا تظهر أهمية عملية التكييف التي تعتبر ضرورية لتحديد القانون الواجب، فعند حدوث منازعة بين شركتين فإنه يتم أولا تكييف المسؤولية هل هي مسؤولية عقدية أم تقصيرية أم لا توجد مسؤولية على الإطلاق، إن للتكييف أهمية في تحديد القانون الواجب التطبيق وبيان ما إذا كان هو القانون الذي يحكم المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية الأمر الذي ينعكس في اختلاف الحل النهائي للنزاع قد يختلف بحسب ما إذا ألحقت المسألة بهذه المسؤولية أو تلك. (عكاشة، عبد العال، ص 93).

ثانياً: تنازع التكييفات في الاعتمادات المستندية :

ومن هنا فإن اختلاف التكييف يؤدي إلى اختلاف قاعدة الإسناد فإذا تم التكييف على أساس المسؤولية التصديرية فإن قاعدة الاسناد ستؤدي إلى تطبيق قانون يختلف عن القانون الذي تم تحديده إذا كان التكييف يشير إلى المسؤولية العقدية، وبناء على ذلك سيتم في هذه الدراسة التعرف على أهم مشاكل التكييفات وأثرها على استقرار المعاملات من خلال تقسيمه كالأتي :

1. تعريف التكييف .
2. أهمية التكييف.
3. أنواع التكييف .
4. القانون الذي يحكم التكييف .
5. نطاق تطبيق التكييف .
6. قصور النظريات في إجراء التكييف اللازم والضروري لمعرفة القانون الواجب التطبيق.
7. مشكلة تنازع التكييفات .
8. تقدير الباحث للنظريات التي عالجت التكييف .

١. تعريف التكييف :

تعريف التكييف: (العملية الذهنية التي يقوم بها القاضي لتحديد طبيعة القانونية للمسألة الحقوقية المحتوية على عنصر أجنبي بهدف إدراجها ضمن واحدة من الطوائف القانونية المعروفة لديه بغية التوصل إلى قاعدة الإسناد وتطبيقها عليها بحثاً عن القانون الواجب التطبيق). (المصري، محمد وليد، ص77) .

وعرفه أحدهم بأنه: (تشخيص حالة قانونية معينة يقصد تصنيفها بين مختلف الفكر المسندة). (كمال، فهمي محمد، ص397) .

كما تم تعريفه بصفة عامة: (هو تحليل للوقائع والتصرفات القانونية تمهيدا لإعطائها وصفها الحق ووضعها في المكان الملائم من بين التقسيمات السائدة في فرع معين من فروع القانون تمهيدا لإعمال حكم القانون عليها). (صادق والحداد، ص 53) .

وتم تعريفه بأنه: (التكييف في مفهوم القانون الدولي الخاص، هو تحديد لطبيعة المسألة القانونية المعروضة على القاضي، من أجل إدراجها في الفكرة المسندة من أجل إعمال القانون المختص الذي يشير إليه ضابط الإسناد في القاعدة التي تم إدخال المسألة القانونية تحت إطار فكرتها المسندة). (الحداد، حفيظة السيد، ص 65) .

وقد اعتبر التكييف بأنه: (تحديد طبيعة المسألة محل النزاع ورددها، أو ربطها بإحدى الأفكار المسندة التي تسمح بتعيين ضابط الإسناد واكتمال تفسير قاعدة الإسناد التي تبين القانون الواجب التطبيق). (فؤاد، ديب، ص71) .

كما قام أحدهم بتعريف التكييف بأنه: (تسبب النزاع إلى فكرة أو مبدأ أو سابقة قضائية في حالة عدم وجود قانون مكتوب أو قانون معين ونبدأ من الأعم أو الأكبر إلى الأخص أو الأصغر). (عبد الكريم، ممدوح، ص 35) .

وعرفه أيضاً بان التكييف: (هو إعطاء الوصف القانوني المطلوب لذلك النزاع، لأن التكييف يستلزم تحليل طبيعة النزاع بغية تنسيبه إلى فصل أو مبدأ في القانون). (عبد الكريم، ممدوح، ص 36) . ومن هذه التعريفات تبرز أهمية التكييف بأنه هو الذي يحدد قاعدة الإسناد التي تشير إلى القانون الواجب التطبيق بعد إجراء عملية تحليلية على طبيعة النزاع أو الحالة المعروضة عليها ولكن معظم هذه التعريفات تحتاج إلى ضوابط والية معينة في عملية التحليل ويجب أن يتم تقيد الجهة التي تقوم بإجراء التحليل، ذلك أن إطلاق حرية التحليل تؤدي إلى اختلاف النتائج بين كل مفسر وآخر مما يترتب عليه اختلاف الحلول النهائية لحكم هذه العلاقة محل النزاع .

2. أهمية التكييف :

يقول (الأستاذ بارتان) إن التكييف يعد أساس وجود القانون الدولي الخاص بأكمله. (بارتان، ص 618) نقلا عن (الحداد، حفيظة السيد، ص 63) .

تعتبر عملية التكييف من أهم الإجراءات الواجب إتباعها من أجل الوصول إلى القانون الواجب التطبيق، حيث إن قواعد الإسناد تتضمن حلولاً لكل طائفة من المسائل، حيث أنه لا يمكن أن نضع قاعدة إسناد لكل مسألة وذلك من الصعوبة بمكان، ولذلك فقد عملت التشريعات على وضع قاعدة تتضمن حلول لكل طائفة من المسائل وهذه القواعد تتضمن فكرة مسندة وضابط يوجه إلى القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من المسائل .

ومن هنا تظهر مشكلة التكييفات حيث إن هذا التكييف هو الذي يحدد أي قاعدة إسناد تخضع له هذا النزاع حيث إن هذه المسألة تكون خاضعة لطائفة معينة دون أخرى وهنا تبرز أهمية التكييف ولكن هذا التكييف قد يختلف من دولة إلى أخرى حتى لو كان على المسألة نفسها، الأمر الذي يؤدي إلى اختلاف قواعد الإسناد مما يؤدي إلى وضعه ضمن طائفة مختلفة حسب كل دولة التي قامت بالتكييف لهذا الموضوع. (البستاني، سعيد، ص131) .

وعليه فإنه في حال نشوء نزاع بين أطراف الرابطة التعاقدية وخصوصاً في الاعتمادات المستندية فعلى قاضي النزاع أن يتحقق ما إذا كانت هذه المسألة محل النزاع تدخل في قانون الإرادة كضابط إسناد، وتعتبر هذه العملية أولية أساسية من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع . وتزداد أهمية التكييف بسبب وجود أكثر من قانون واحد لحكم هذه العلاقة موضوع النزاع، إذا يتوقف القانون الواجب التطبيق على ما تذهب إليه مجمل الموضوعات في تكييف النزاع وذلك لاختلاف المفاهيم القانونية للتصرف الواحد.

إن للتكييف أهمية كبرى في مختلف فروع القانون وخصوصاً في نطاق القانون الدولي الخاص، فعلى سبيل المثال يجب تحليل أو تصنيف العلاقة التعاقدية، ليتم تحديد القواعد القانونية التي يجب إعمالها، وهو يختلف بطبيعة الحال إذا كانت هذه الروابط التعاقدية عقد وكالة أو بيع أو إذعان... الخ. يعتبر التكييف في القانون الدولي الخاص من أهم خصائصها وذلك بسبب ذاتية القواعد التي يستخدمها هذا القانون المتمثلة بقواعد الإسناد التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق إضافة إلى استحالة قيام المشرع الوطني أن يضع قاعدة إسناد لكل مسألة من المسائل التي تثور بين الأطراف وتتضمن عنصراً أجنبياً. (الحداد، حفيظة السيد، ص64-65) .

لقد كانت غاية التكييف هي وصل الحالة القانونية بإحدى الفكر المسندة لا بأحد النظم القانونية على خلاف وعكس (بارتان) ذلك أن تقسيم الأنظمة القانونية ليس مطابقاً لتقسيم الفكر المسندة، حيث أن هناك ثمة أفكار مسندة لا تعتبر بذاتها مكونة لأنظمة قانونية كأثار الزواج وأشكال التصرف. (كمال، محمد فهمي، ص 397-398) .

ومن هنا يرى الباحث أن تعدد علاقات الأفراد في مختلف الدول دفع القوانين والأنظمة إلى وضع كل مجموعة من الأصناف القانونية ضمن قاعدة إسناد محددة يتم تطبيقه عليها من أجل حكمها وذلك بسبب استحالة تخصيص قاعدة إسناد لكل حالة على حده وهذا يتطلب عملية تحليله للنزاع المعروض أمامه، كما أن خصوصية التكييف في القانون الدولي الخاص الذي أعطته هذه الأهمية جاءت أيضاً من خلال أن القضاء في مختلف الدول يختلفون في ربط العلاقة محل النزاع بهذه الطائفة أو بتلك، بالإضافة إلى مضمون هذه الطوائف يتباين من نظام قانوني إلى أخرى .

هذا كله يؤدي إلى اختلاف في تحديد قاعدة الإسناد واجبة التطبيق. (المصري، محمد وليد، ص 87). ويقول أحد الكتاب الإنجليز: (هناك تنازع ما بين قواعد التنازع في الأنظمة القانونية المختلفة، ولهذا تكون المشكلة كامنة في التحليل والتفسير الصحيح للمبادئ أو القواعد القانونية. (عبد الكريم، ممدوح، ص 37) .

3. أنواع التكييف :

هناك نوعان من التكييفات:

الأول: ويسمى التكييف الداخلي الذي يقوم بين الأفراد الوطنيين في حال نشوء نزاع أو خلاف بين الأطراف، فالقاضي الوطني يعمل القواعد الوطنية التي وضعها المشرع الوطني لحكم هذه العلاقة سواء كانت تجارية أم مدنية أم أحوال شخصية .

والثاني: التكييف الخارجي الدولي الذي يتعلق بعلاقة ليست وطنية إنما تكون مشوبة بعنصر أجنبي . إن هدف التكييف في المسائل الداخلية سواء في القانون الجنائي أم الإداري أم المدني أو التجاري هي تطبيق القاعدة الموضوعية التي تعطي حلا نهائيا للنزاع للعقد المبرم أو المخالفة المرتكبة، أما التكييف في المنازعات الدولية فإن المطروح على القاضي البحث عن قاعدة الإسناد التي تندرج تحتها المسألة القانونية لمعرفة القانون المختص بحكم النزاع .(عبد العال، عكاشة، ص96) .

وبذلك يرى الباحث إن التكييف الداخلي يهدف إلى إعمال القواعد الموضوعية التي تصل الحكم النهائي وهي بذلك تمر عبر مرحلتين تكييف العلاقة القانونية ثم تطبيق القواعد الموضوعية بينما في التكييف الخارجي الدولي فإنه يمر عبر أربع (مراحل أو تكييف) للوصول إلى قاعدة إسناد التي تشير إلى القانون الواجب التطبيق ليتم الإسناد إلى القانون الواجب التطبيق، ويتم تكييف العلاقة القانونية محل النزاع من أجل تطبيق القواعد الموضوعية لقانون الدولة الواجب التطبيق وهي كالآتي :

التكييف الأول (السابق): هو التكييف اللازم لإعمال قاعدة الإسناد وتحديد القانون الواجب التطبيق ، أي أنه وصف المركز القانوني في محل النزاع وإدراجه في إحدى الفكر المسندة تمهيدا لإعمال قاعدة الإسناد المختص .(صادق، هشام علي، ص44) .

التكييف الثانوي: هو التكييف المختص بحكم النزاع إذا تبين بوجود قانون أجنبي، فإن هذا القانون هو الذي يتعين الرجوع إليه في شأن التكييفات اللاحقة أو الثانوية اللازمة للفصل في النزاع (صادق، هشام علي، ص44) .

4. القانون الذي يحكم التكييف :

لقد اختلفت الآراء بشأن موضوع القانون الذي يحكم التكييف بين مناصر إخضاع التكييف لقانون القاضي وآخر ينادي بإخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع والبعض يرى إنه يجب إخضاع التكييف للقانون المقارن وكان رأى الباحث أنه يجب تطبيق التكييف الإتفاقي، فإذا ما أراد القاضي أن يتحقق من طبيعة المسألة محل النزاع وخصوصاً في الاعتمادات المستندية وإذا ما كانت تدخل في فكرة الالتزامات التعاقدية أو غير التعاقدية، فوفقاً لأي قانون يتعين إجراء هذا التكييف، فهل يرجع القاضي إلى قانونه ليستخلص منه مفهوم فكرة الالتزامات التعاقدية والالتزامات غير التعاقدية ؟ كما أكد (بارتن) والفقهاء الغالب من بعده أو يرجعه على العكس إلى القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الاسناد باختصاصه لحكم النزاع المطروح أمامه كما انتهى إلى ذلك جانب من شراح القانون الخاص؟ أم أن القاضي يسترشد عند تحديده لطبيعة الواقعة أو التصرف محل البحث بالقانون المقارن كما قرر الأستاذ (رابل) ومن نحى نحوه أم أن للأطراف الحرية في اختيار القانون الذي يكيّف الرابطة التعاقدية محل النزاع كما يرى الباحث أن الإجابة على هذه التساؤلات تتطلب التعرض للنظريات المختلفة التي أثارها الفقهاء بهذا الصدد، نستخلص الاتجاه الذي نراه اقرب إلى الصواب حتى يمكن في ضوءه الكشف عن موقف المشرع الأردني من مشكلة تنازع التكييفات في الاعتمادات المستندية وذلك في تفصيل نعرضه وفق لما يلي :

أ. التكييف وفقاً للقانون المقارن(رابل) :

يرى هذا الاتجاه وعلى رأسهم الأستاذ (رابل) أنه ليس من الضروري التقيد بالقانون الوطني لدولة معينة عند إجراء التكييف، الذي لا يوجد ما يمنع من السير به وفق آراء دولية متفق عليه وفق دراسة مقارنة لقوانين دول مختلفة، وتقوم هذه النظرية على مفاده أن قاعدة الاسناد وجدت من أجل إيجاد الحلول المناسبة للمعاملات الدولية،

التي يؤدي إعمالها إلى تطبيق قوانين لدول مختلفة مما يتطلب تحديد مضمون الفكرة فيها تحديدا عالميا مما يعمل على تلبية حاجة المعاملات التي جاءت القاعدة من أجلها، إن إعمال هذه النظرية لا يتم إلا بعد إجراء مقارنة بين قوانين دول مختلفة، وأن التكيف وفق هذه النظرية لا يشترط أن يتم وفق ما هو معتمد في دولة معينة وإنما يتم وفق ما يسمى بالتكيف العالمي (قواعد إسناد عالمية وليست وطنية) إن هذه القواعد الإسنادية العالمية لا يحظى المشرع الوطني بوضعها كما هو في قواعد الإسناد الوطنية، وإنما يتم وضعه وفق تشريعات عالمية دولية تكون قادرة على المواءمة بين جميع التشريعات الوطنية، وإن كان في الأمر استحالة فإن الوصول إلى مقتضيات العدالة والإنصاف يتطلب الكثير من الجهود والتصميم لتحقيق هذه الغاية.(عبد العال، عكاشة، ص134) .

إن آلية تنازع القوانين الذي يستوجب العمل بها الخضوع للعديد من الأنظمة والتشريعات المختلفة المتعددة من دول وعليه فإن التكيف لا يجب أن يكون خاضعا لقانون دولة معينة، لأنه في اعتبار أن التكيف يجب أن يخضع لقانون دولة القاضي أمر غير منطقي ولا يحقق لأطراف المتخاصمين عدالة ومنطق، إضافة إلى أن تنازل الدولة من أجل تطبيق قانون معين حسب قواعد الإسناد فإن التشريع الوطني يكون قد تنازل عن كل ما يتعلق بتلك القاعدة بما في ذلك التكيف. (عبد الكريم، ممدوح، ص 43).

ويرى الأستاذ (رابل) بأن النظريات القائلة بإخضاع التكيف لقانون القاضي أو القانون الذي يحكم النزاع لا تتلاءم مع الطبيعة الدولية الخاصة للمعاملات الدولية.

على الرغم من العوائق والصعوبات التي تعرضت لها هذه النظرية إلا أنها عملت وبجهد كبير من أجل وضع مفاهيم دولية متفق عليه للقانون الدولي الخاص من خلال العديد من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، التي سعت الدول المشاركة فيها على تطوير قوانينها وأنظمتها الداخلية على مواكبة هذه المفاهيم العالمية الدولية من خلال توحيد المفاهيم المتعلقة بالتكييف.(البستاني، سعيد، ص145).

ورغم أهمية هذا الاتجاه إلا أن كثيراً من الصعوبات عرقلت العمل بها من أهمها، عدم قدرة القاضي على معرفة كافة المفاهيم والأنظمة القانونية والتشريعات لدول مختلفة التي تحتاج إلى وقت سواء من حيث الدراسة أو الفهم، أن مهمة القاضي الصعبة لا تسمح له بالاطلاع على القوانين والأنظمة لكثرتها، وإذا كنا نرى على الواقع العملي أن القاضي لا يستطيع الاطلاع على قوانينه الوطنية فكيف له الاطلاع على قوانين العديد من الدول، أضف إلى أن القضاة يتجهون إلى الجانب العملي تاركين القوانين الأجنبية والمبادئ، كما أن بعض القضاة يحدون إلى بعض القوانين التي تكون متفقة مع وجهات نظرهم ويدعون بعد ذلك إنها تمثل حكم القانون المقارن.(عبد الكريم، ممدوح، ص 34).

ب. إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم موضوع النزاع(ديسبانيه) (ولف) (وسيرفيل):

إذا كان القاضي الناظر في النزاع لا يستطيع أن يضمن سلامة تطبيق القانون الأجنبي مجرداً عن التكييفات والأوصاف التي يتضمنها هذا القانون، لذلك فإن هذا الاتجاه سعى إلى أن يكون التكييف وفق القانون المختص ولو كان أجنبياً، فإذا أشارت قاعدة الإسناد في القانون الوطني إلى أن القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق، فإن ذلك يرتب إخضاع التكييف لذلك القانون الأجنبي. (صادق، هشام علي ، ص 56) .

فإذا أشارت قاعدة الإسناد بعد إجراء التكييف اللازم وفق القانون الوطني إلى تطبيق القانون الأجنبي فإن ذلك القانون يصبح هو المختص بنظر النزاع بما في ذلك إجراء التكييف وفقه، حيث إن ثبوت الاختصاص لقانون معين

بشأن فكرة مسندة معينة يتطلب بالضرورة الموافقة على التصور الذي يصل إليه القانون لتلك الفكرة، ذلك أن ما تتضمنه التكييفات الخاصة تستوجب التطبيق السليم لأي قانون، فإن القانون الواجب التطبيق الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد يجب أن يحكم النزاع في كل مراحله، فإذا لم يتم الرجوع للقانون الأجنبي الذي أصبح مختصاً بحكم وخصوصاً في مسألة التكييف فإن ذلك يعد تجاوزاً على القانون وتطبيقاً له في غير الحالات التي أوجبه القانون. (الحداد، حفيظة السيد، ص 87).

وبما أن التكييف هو من أهم مراحل تحديد القانون الواجب التطبيق، فإن العمل بتحليل موضوع النزاع ودراسته بقانون غير القانون المختص هو أمر مخالف للقوانين والأنظمة الذي يترتب عليه بطلان حكم المحكمة، لذلك فإن إشارة قواعد الإسناد في القانون الوطني إلى قانون أجنبي فإن ذلك القانون هو الذي يطبق على النزاع محل الخلاف بما في ذلك موضوع التكييف، أنه وفي حال حدوث خلاف في علاقة تعاقدية تم عرضه على القاضي فإنها تمر بالعديد من المراحل، وهذه المراحل جميعها في حال تم الإسناد إلى قانون أجنبي فإن ذلك القانون هو المختص بالنظر في جميع هذه المراحل. (البستاني، سعيد، ص 142).

لقد سعى هذا الاتجاه إلى بيان أن تحديد القانون الواجب التطبيق في العلاقات الخاصة الدولية يتطلب المرور بمرحلتين من التكييف، حيث إنه في المرحلة الأولى يكون للقاضي الوطني الاختصاص في إجراء التكييف اللازم والضروري من أجل بيان قاعدة الإسناد التي تحدد القانون الواجب التطبيق الذي ببيانه ينتهي دور القاضي الوطني بالتكييف، ويتم نقل الاختصاص إلى القانون الأجنبي فهو الذي يقوم بتكييف وتحليل المسألة القانونية

وكأنه يبدأ بها من البداية فإذا ما أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي، فإن الاختصاص يتحول إلى القانون الأجنبي فندخل في الحلقة المفرغة، أما إذا كان القانون الوطني فلا مشكلة تثار . إلا أن هذا الاتجاه لم يسلم من النقد المتمثل في أن إعطاء الاختصاص للقانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، يتضمن بما في ذلك إجراء التكييف من البداية قد يؤدي الدخول إلى الحلقة المفرغة إذا ما تم عقد الاختصاص لهذا القانون الأجنبي، إضافة إلى أن قول الشيء قبل أو انه يؤدي إلى حلقة مفرغة لا بداية لها ولانهاية، كما أن فقهاء هذه النظرية يرون أن تطبيق القانون يكون كما يبدو في الظاهر، لا مانع بعد ذلك من إجراء أكثر من تكييف واحد للنزاع وفق أكثر من قانون واحد، وهذا كان الدافع ورأى هجر هذه النظرية من الناحية العلمية .(عبد الكريم، ممدوح، ص 42) .

ت: التكييف يحكمه قانون القاضي (نظرية بارتن):

لقد ظهر منهج (بارتن) في تحديد القانون الواجب التطبيق معتمدا على قانون القاضي الذي يعتمد على إجراء عملية التحليل إلى طبيعة المسألة القانونية المنظورة أمامه وذلك للوصول إلى ربطها بإحدى الأفكار المسندة، إن هذه العملية التي يقوم بها القاضي تكون وفقا لقانونه الوطني بطريقة ضمنية ومحسوسة، وذلك وفق ما نشأ عليه القاضي الذي تم غرسه في كيانه ووجدانه الذي أصبح جزءا من كيانه القضائي الذي لا يستطيع تغييره أو انتزاعه أو انتهاج نهج آخر غير قانونه الوطني بيسر وسهولة.(الحداد، حفيظة السيد، ص 78).

لقد أوضح (بأرتن) من خلال النظرية الشهيرة (ميراث المالطي) إن اختلاف نظرة المحكمة لطبيعة الدعوى أو النزاع المعروض أمامه يرتب بالضرورة اختلاف القانون الواجب التطبيق على الرابطة التعاقدية محل النزاع فإذا كيفت المحكمة القانون الواجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد في الالتزامات التعاقدية فإن القانون الإرادي هو الواجب التطبيق في حال انفق المتعاقدان على هذا القانون أما في حال لم يتم الاتفاق فإن قاعدة الإسناد تكون الموطن المشترك أو مكان أبرام العقد .

أما إذا اعتبرت المحكمة أن ادعاء أحد الأطراف المتعاقدين يتصل بفكرة الفعل الضار فإن قاعدة الالتزامات غير التعاقدية هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق على هذا الفرض وهو قانون موقع الفعل الضار .

ولكن التساؤل المهم في هذا الفرض وفقا لأي قانون تقوم المحكمة بتكييف النزاع المطروح تقوم المحاكم حسب (بارتن) باستخدام القانون الوطني من أجل بيان طبيعة الواقعة أو التصرف القانوني محل النزاع، وهذا الإجراء الذي يتم وفقا للمحاكم الوطنية إنما يتم بطريقة ضمنية دون أن يتم تبرير هذا المسلك من قبلها. (صادق، هشام علي، ص 40) .

عندما تنازلت الدول عن جزء من سيادتها في القانون الدولي الخاص مما كان الناتج هو ظهور مشكلة تنازع القوانين، ذلك أن تطبيق القانون الأجنبي الذي أدى إلى انتقاص من سيادة القانون الوطني، لا يستوجب بناء عليه في حال أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي أن يتم إجراء عملية تحليل النزاع المعروض أمام القاضي من أجل إدخالها في مضمون الفكرة المسندة وفق القانون الأجنبي. (كمال، محمد فهمي، ص 401).

إن التكيف يبين المسائل القانونية التي سمحت فيها الدولة بتطبيق القانون الأجنبي والحد من سيادتها، فإن هذه المسألة الخطيرة بتحديد ما يخرج من نطاق سيادة الدولة في المسائل المشوبة بالعنصر الأجنبي لا يمكن أن تترك لغير القضاء الوطني لبيان مقدار هذا التنازل ونطاقه. كما أن قاعدة الإسناد التي يضعها المشرع الوطني فإنه من الطبيعي أن يتم الرجوع في تفسيرها إلى وضعها، فلا يعقل أن يقوم القاضي الأجنبي بتفسير قاعدة إسناد وضعت ضمن أفكار ومعطيات ثقافية واقتصادية واجتماعية معينة أن يقوم بتحليله ضمن الأفكار والمعطيات التي اكتسبها من الواقع التشريعي والقانوني لبلده،

فإذا كان التكييف عملية سابقة على تحديد القانون الواجب التطبيق، فكيف يختص القضاء الأجنبي بهذه العملية ولم يتم الاختصاص بعد له. (بارتان، ص228) نقلا عن (عبد العال، عكاشة، ص 112).

وعلى ذلك فإن إخضاع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة، وقت إبرام العقد، فإن تحديد مفهوم الالتزامات التعاقدية وما يندرج تحتها - وهذا هو جوهر التصنيف - يتم بالرجوع لقانون القاضي، ذلك أن التحديد الذي يتم عن طريق التكييف الذي يحدد مقدار هذا التنازل ونطاقه الذي يكشف عن القانون الأجنبي الواجب التطبيق لا يتم إلا عن طريق الرجوع إلى قانون القاضي .

أساس نظرية القاضي في التكييف :

لقد أسس فقهاء هذه النظرية التكييف على أساس فكرة السيادة، حيث لا يعتبر هذا التنازع تنازعا في القوانين وإنما يعتبر تنازعا بين السیادات، فعند السماح بتطبيق القانون الأجنبي من قبل المشرع الوطني فإنه يتنازل في بعض الفروض عن قدر من سيادته، وبالتالي يتعين عليه الرجوع إلى المشرع الوطني ذاته لبيان مدى هذا التنازل وحدوده. (بأرتن، ص 228) نقلا عن (صادق، هشام علي، ص42).

وبالتالي فلا يعقل أن تترك هذه المسألة المتعلقة بالسيادة لغير المشرع الوطني ذاته، فهو وحده له أن يحدد قدر هذا التنازل ونطاقه (بأرتن، ص 229) نقلا عن (صادق، هشام علي، ص 42) .

إلا أن الفقه الحديث عارض هذا الأساس ويرى إن تطبيق القانون الأجنبي لا يعد انتقاصا من السيادة الوطنية، والمشرع الوطني يفعل ذلك إيمانا منه بأن هذا القانون هو خير القوانين المتزاحمة مناسبة للعلاقة الدولية الخاصة محل النزاع . (Arminjoneve. p534) .

نظرية العلم القانوني للأستاذ الإيطالي المعاصر (QUadri) والتي تعرف بنظرية العلم القانوني: إن ما يحدث في المحاكم في العالم هو خلاف في التفسير، وليس خلافا في مضمون قواعد الإسناد أو

طبيعة التصرف والفقه له الحرية الواسعة

في التكييف الذي اعتبر من وجهة نظره مسألة علمية صرفة، لذلك قامت هذه النظرية على تقسيم العلاقات والمراكز القانونية إلى مجموعات وكل مجموعة تدخل ضمن فكرة معينة: كالتشكيلة والأهلية،... الخ وهذه مهمة فقهية صرفية لا علاقة لها بالقانون أو المحاكم. (عبد الكريم، ممدوح، ص 43).

ح. إجراء التكييف وفقاً للقانون الذي يتفق عليه الطرفان (التكييف الاتفاقي):

و بعد الاستعراض للقانون الواجب التطبيق من خلال ماسبق من نظريات، فإن القاضي عندما يتعرض لمسألة متعلقة بالقانون الدولي الخاص فإنه يعطي للفعل أو التصرف التكييف القانوني الملائم دون أن يتقيد بالوصف الذي ألحقه به أطراف النزاع، فهو لا يتقيد مثلاً بصفة البيع لعقد تم تقديمه على هذا الأساس عندما يكون في حقيقة الأمر عقد هبة تم بقصد التهرب من الرسوم والضرائب. (المصري، محمد وليد، ص 77).

ولكن المشكلة تظهر ليس وفق إلى أي قانون يتم تكييف العقد وإنما تظهر مشكلة أخرى وهي أن أنواع العقود وطبيعتها قد تختلف من دولة لأخرى، ومثال على ذلك الاعتمادات المستندية حيث أن معظم الدول المشرعة لهذا النوع من التعاملات قد اختلفت في تحديد طبيعة هذا النوع من العقود وهذا ما سيتم بحثه في هذا السياق .

لذلك يتعين على القاضي الناظر بالنزاع بشأن تصرف قانوني ما اللجوء للتكييف فيما إذا كان هذا التصرف بيعاً أم إيجاراً. (المصري، محمد وليد، ص 78).

حيث إنه لا يتسنى للقاضي أن يتبين القانون المختص إلا إذا تبين أولاً تحت أي فكرة مسندة تنطوي الحالة القانونية المعروضة أمامه، وبما أن التشريعات تختلف فيما بينها من حيث تقسيم الفكرة المسندة وتحديد مضمونها رغم أنها قد تستعمل اصطلاحات مشتركة للدلالة على تلك الفكرة، فكافة التشريعات تختلف من وجهة نظر تقسيم الفكرة المسندة، وتحديد مفهومها

أصبح من اللازم حتى يتيسر تعيين القانون الواجب التطبيق على حالة قانونية معينة من أجل تحليل تلك الحالة القانونية بقصد إدخالها في إحدى الفكر المسندة. (كمال، محمد فهمي، ص 397) .

كما تظهر مشكلة اخرى هل يحق للأفراد اختيار القانون الذي يحكم الرابطة الاتفاقيه سواء أكان هذا القانون هو القانون الوطني أم القانون الأجنبي؟ أم هل يستطيعون اختيار أي قانون يحقق لهم مصالحهم المتضاربة .

إذا كانت الإرادة تلعب دورا بارزا في تحديد القانون الواجب التطبيق في تنازع القوانين، بمعنى أن القانون قد أعطى للإرادة الحرية في اختيار القانون الذي يحكم الرابطة التعاقدية الدولية على أساس أن الإرادة قادرة على خلق الالتزام وتحمل آثاره باعتباره حلا وسطا يحقق رغبات الأطراف المتعارضة. (عبدالكريم، ممدوح، ص 161).

فما دور الإرادة في تعيين القانون وهل لها دور في تكييف العقد، وهل الإرادة قادرة على تعيين أي قانون ليقوم بتكييف العقد، وإذا قامت الإرادة بتعيين قانون ما فكيف يعامل هذا القانون ؟ إن الإجابة على هذه التساؤلات تدخلنا في البحث في النزاع القائم بين المذهب الفردي الذي قدس حرية الفرد وارتفع بها إلى قمة التنظيم القانوني والمذهب الاجتماعي والذي أكد أن الجماعة هي الهدف الأسمى للقاعدة القانونية .

أما فيما يخص دور الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق الذي يحكم الرابطة التعاقدية والذي يشتق منه حرية الأفراد في اختيار القانون الذي يحكم تكييف الرابطة التعاقدية وخصوصاً في الاعتمادات المستندية، هذا الخلاف تمخض عنه ظهور نظريات مختلفة ولكل منها وجهة نظره الخاصة فيما يتعلق بدور الإرادة ومفهوم كل منها للدور الخاص الذي تقوم به الإرادة عند اختيارها لقانون العقد وقد وصل الأمر أن اختلف أصحاب هذه الاتجاهات المختلفة

في رد اتجاهاتها إلى معيار موضوعي ومعيار شخصي، أو إدراج اتجاهاتهم في نطاق نظرية موضوعية أو شخصية، فما يعتبره البعض اتجاهًا في النظرية الموضوعية ينظر إليه بأنه يندرج تحت إطار النظرية الموضوعية .

إن ما يهمن في هذا السياق معرفة مدى قدرة الأفراد على اختيار القانون الذي يكيف العقد وذلك من خلال النظريات التي تحكم هذا الموضوع وهل مسألة تكيف العقد من القواعد الآمرة التي لا يستطيع الأفراد الاتفاق على مخالفتها أم أنها من القواعد المكملة التي يستطيع الأفراد الاتفاق على مخالفتها وهو ما سيتم بحثه من خلال :

النظريات التي حكمت التكيف الاتفاقي :

1. النظرية الشخصية .

2. النظرية الموضوعية .

3. موقف التشريعات العربية .

1. النظرية الشخصية: تقوم هذه النظرية (المذهب الفردي) أن الفرد هو محور النظرية الشخصية، لأنه في نظرها هو العمود الفقري للجماعة، حيث إن الأصل في الفرد الحرية وتقيدها استثناء، وقد خرج مبدأ سلطان الإرادة من صلب هذا المذهب. (شفيق، محسن، ص 85) .

وقد نتج عن هذه النظرية العديد من المبادئ التي يعتبر مبدأ حرية التعاقد واحترام إرادة المتعاقدين في تفسير وتنفيذ العقد وغيرها من النتائج على الصعيد القانوني الداخلي. (ياقوت، محمود محمد، ص 79) .

"وفي هذا يقول أحد الكتاب الانجليز: (بأنه إذا كان هناك شيء واحد أكثر من غيره تحتاجه السياسة العامة فهو رجال بعمر ناضج، وفهم مميز يكون لديهم الحرية التعاقدية). (منصور، سامي بدیع، ص 94) .

ويرى أنصار النظرية الشخصية من أن التقاء الإرادات كاف بذاته مجرداً، كمصدر للالتزام، بمعزل عن اختيار أي قانون يحكم العلاقة العقدية. (منصور، سامي بديع، ص 94) .

وحسب هذه المبدأ فإنه إذا تلاقت الإرادات واتجهت إلى قانون معين هو الذي يحكم تكييف العقد وهو الذي يطبق فإن هذا ما سيتم العمل به

وحرية التعاقد كما يرى البعض فإنها تخول للإرادة سلطاناً مطلقاً يرتفع بها فوق القانون الذي يستمد قوته الملزمة من اتفاق الأطراف على اختيار أحكام لتنظيم الرابطة العقدية، حيث يكفي تقابل الإرادات وحدها لإنشاء الالتزامات والأطراف لتخضع في عقدها إلى أي من القوانين، وزيادة في الاطمئنان فإن بنود القانون الذي تم اختياره سيدخل ضمن العقد وعندها سيكون له سلطة إلزامية في الحدود التي توافق عليها وتطلبها إرادة الأطراف، حيث إن اختيار المتعاقدين لقانون العقد لا تتم بناء على قاعدة من قواعد تنازع القوانين وإنما تستند إلى مطلق سلطان الإرادة. (ياقوت، محمود محمد، ص 79) .

وهو ما أخذ به القضاء الفرنسي والإنجليزي بان قيام الأفراد المتعاقدين على اختيار القانون الذي يكيف العقد من خلاله لا يوجد ما يمنع من ذلك .

وفي هذا السياق لا نريد أن نتوسع في النظرية الشخصية حيث سيتم البحث فيها بشكل مفصل في الفصل الثالث من هذه الأطروحة

2. النظرية الموضوعية:

وبناء على ما سبق من بيان للنظرية الشخصية بشكل موجز فإن هذه النظرية قد تعرضت للعديد من الانتقادات من أهمها:

إن إطلاق الحرية للأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق وما يتفرع عنها تعرض إلى عدم تأييد من بعض الفقه والتشريعات،

ذلك أن التسليم بقاعدة حرية المتعاقدين على اختيار القانون الذي يحكم العقد معناه التسليم لهما بمسألة حل تنازع القوانين وتعيين القانون الواجب التطبيق وأيضا تعيين القانون الذي يكيّف العقد، مع أن هذه المسألة يعالجها القانون وليس الأفراد لأن مصدر الالتزام يمكن أن نجده في القانون والإرادة التي لا تلعب دورا إلا في حدود ما يحددها لها القانون. (الهداوي، حسن، ص 18) .

إن إطلاق الحرية لإرادة الأفراد في اختيار القانون الذي يحكم العقد من شأنه أن يؤدي إلى نتائج غير مقبولة وذلك عندما يقضي قانون الإرادة ببطان العقد الذي وضعه المتعاقدان تحت سلطانه إذ لا يعقل أن يختار المتعاقدان قانونا يبطل عقدهما. (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص 365) .

وبناء على ماسبق جاءت النظرية الموضوعية التي جعلت الإرادة تتجه إلى القانون وتخضع له، ولكن هذه الفلسفة نجدها مختلفة في إطار النظرية الموضوعية التي نشأ عنها اتجاهين: الأول نظرية التركيز الموضوعي، والثانية نظرية الاختيار التنازع .

وتقوم هذه النظرية على أن سلطان الإرادة لا يعمل في ميدان اختيار القانون الواجب التطبيق بل في ميدان تركيز العقد في مكان معين في ضوء عناصر العلاقة القانونية المحيطة بها أي في اختيار مقره. (عبدالله، عز الدين، ص 415) .

وعليه فإن عملية تكييف العقد تتم وفقا للآلية التي يتم تحديد القانون الواجب التطبيق، أي تتم من خلال الظروف التي تصاحبه ليتم تخصيص مكان له. (Michel .p735) .

فالإرادة قد تظهر إلى الخارج بجملة وقائع تتصل بمكان معين، كمكان إبرام العقد، أو أمكنة تنفيذه، عملة ولغة العقد وهما ينتميان إلى دولة معينة، وهنا يأتي دور القاضي في اختيار أي من هذه العناصر، فالمتعاقدان لا يختاران قانونا معيناً يلزم القاضي،

بل يركزان عقدهما في مكان معين ومن هذا التركيز يستخلص القاضي القانون الواجب التطبيق، فالأطراف يقدمون فقط الوقائع التي يتوطن عن طريقها العقد في مكان معين، كإبرام العقد أو تنفيذه، أو حتى الإرادة الصريحة في اختيار قانون معين. (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص 169) .

إن الإرادة الصريحة في اختيار القانون الذي يحتم تكليف العقد غير ملزمة للقاضي الذي ينظر النزاع وخصوصاً في حالة لا يتقابل مع التركيز أو التوطن الموضوعي أو الحقيقي لبيان العقد كان للقاضي أن يهمله، فالنتيجة الهامة التي رتبها الأستاذ الفرنسي (باتيفول) على حالة عدم التوافق بين الإرادة الصريحة وبين مركز العقد هو إهدار الاختيار الصريح للأطراف. (صادق، هشام علي، ص 508)

وبناء على ما سبق فإن قيام الأفراد باختيار قانون معين ليحكم التكيف للرابطة التعاقدية لا يكون ملزماً للقاضي إذا لم يكن هناك ترابط بين التركيز أو التوطن الموضوعي ولكن إذا كان هناك ترابط فإنه لا يوجد ما يمنع القاضي من تطبيق هذا القانون في تكيف الرابطة التعاقدية .

3. موقف بعض التشريعات العربية والأجنبية من حرية الأفراد في اختيار القانون

الذي تكيف الرابطة التعاقدية .

التكيف وفق بعض القوانين العربية وبعض الدول الأجنبية:

لقد كانت نظرية (بارتن) من أبرز النظريات المعمول بها في أغلب التشريعات العربية وخصوصاً الأردني والمصري واللبناني والتي نص في كل منهما في المادة (11) من القانون المدني الأردني على ما يلي: "القانون الأردني هو المرجع في تكيف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها" وكذلك جاءت في المصري في المادة (10) و أيضاً أخذ بها القضاء الفرنسي والإنجليزي.

وعليه فإن معظم التشريعات تتبنى هذه النظرية، انطلاقاً من قيامها بالغاية المنشودة منها، وبناء عليه فإن القاضي الأردني والمصري واللبناني، عندما يُعرض عليه خلافٌ ذو طبيعة دولية عليه أن يعود لقانونه الوطني لتحديد طبيعة المسألة المعروضة عليه من أجل إعمال قاعدة الإسناد من أجل معرفة القانون الواجب التطبيق.(المصري، محمد وليد، ص 89).

وعليه فإن القاضي ملزم بالرجوع إلى أحكامه الوطنية لإعطاء الوصف القانوني المطلوب للنزاع المعروض عليه، ولا يجوز بأي حال إجراء تكييف لاحق واحد فقط، وقد أسقطت هذه التشريعات الاستثناء الوارد على التكييف إلا أن المشرع العراقي قد نص على هذا الاستثناء ولم يترك الباب لاجتهاد في التفسير حيث جاء النص العراقي في المادة (2/17): (ومع ذلك فإن القانون الذي يحدد ما إذا كان الشيء عقاراً أو منقولاً هو قانون الدولة التي يوجد فيها هذا الشيء) والتكييف في القانون الأردني والمصري تكون المرحلة الأولية بإلحاق النزاع المطروح أمام القاضي الوطني بطائفة من الأصناف القانونية التي حددها المشرع بقاعدة إسناد لكل صنف، من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق التي تنهي مهمة القاضي بهذا التحديد، وإخضاع المراحل الأخرى للقانون الذي أشارت إليها قواعد الإسناد .

وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية في القضاء المصري أن التكييف الأولي هو الذي يخضع لقانون القاضي حيث ذكرت مايلي: (إن تطبيق القانون المصري بوصفه قانون القاضي في مسائل التكييف ليتناول لتحديد طبيعة العلاقات في النزاع المطروح لإدخالها في نطاق طائفة من طوائف النظم القانونية التي تعين لها قواعد الإسناد اختصاص تشريعياً معين كطائفة النظم الخاصة بشكل التصرفات أو بحالة الأشخاص...الخ ولا يكون القاضي إلا أن يعمل بحكم هذا القانون).

وتم تعديل النص زيادة في الإيضاح حيث أضيفت إلى الفقرة الأولى عبارة (لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها) لتعين الحدود التي يقف عندها اختصاص قانون القاضي في التكيف. (الحداد، حفيظة السيد، ص 102) .

إلا أنه في كل الحالات عندما يوجد نص خاص في قانون أو معاهدة دولية نافذة يتم تطبيق ذلك الاستثناء .

أما التكيف في القانون الإنجليزي :

لقد تأرجح التكيف في القانون الإنجليزي ما بين القانون الإنجليزي الوطني والقانون الملائم الذي يحكم موضوع النزاع، كلما أرادت المحكمة الإنجليزية إنقاذ الوضع - الذي هو موضوع النزاع أمامها - عملت على تطبيق قانونها الوطني إذا كان هذا الأخير يحقق هذه المساعدة والإنقاذ ولاسيما إذا تعلق الأمر بمصلحة تحقق لإنكليزي مقيم عندها أو متعلق بأموال أو مصالح تحققت في الإقليم الإنجليزي أي الحكم ليس من الواضح دائماً، إن القانون الإنجليزي المعاصر يعطي لقاضي الموضوع سلطة تقديرية واسعة في مسألة التكيف وطور ما يعرف بمبدأ القاضي العقلاني.

5. نطاق تطبيق التكيف:

1. نطاق تطبيق التكيف وفقاً لقانون القاضي :

لقد قام الأستاذ (بارتن) بالتفريق بين التكيف الأول أو السابق والتكيف الثانوي أو اللاحق ويعتبر التكيف الأولي اللازم لإعمال قاعدة الإسناد المختصة لتحديد القانون الواجب التطبيق فإن هذا القانون هو الذي يقوم بإجراء كافة التكييفات اللاحقة التي قد تعرض بمناسبة تطبيقه.(صادق، هشام علي، ص 45) .

تلعب قاعدة الإسناد دوراً هاماً في عملية التكييف، هذه الأهمية تأتي من خلال تحديد القانون المختص، الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، الذي أصبح مختصاً بتحديد أية مفاهيم بما في ذلك عملية تحليل المسألة محل الخلاف. (عبد العال، عكاشة، ص 119).

لذلك فإن القاضي يقوم بتحليل المسألة المعروضة أمامه، من أجل بيان قاعدة الإسناد التي تندرج تحتها المسألة المعروضة أمامه، وهنا يكون للقاضي صفة مباشرة بتحديد مضمون الفكرة المسندة، التي بناء عليه يتم تحديد قاعدة الإسناد من أجل الوصول إلى القانون المختص، وهذا يسمى بالتكييف الأولي الذي يتعلق بقواعد الإسناد دون الذي يتعلق بالقواعد الموضوعية الخاصة بالمسألة موضوع النزاع. (كمال، محمد فهمي، ص 409).

وعليه فإن القاضي الوطني هو الذي يقوم بإجراء التكييف إلا أن (بارتن) قد قيد القاضي الوطني ولم يطلق له إجراء التكييف، وذلك من خلال إيراد استثنائين: الأول التكييف الثانوي والثاني وصف المال، أما بالنسبة للاستثناء الأول فقد تم التحدث عنه في أنواع التكييفات، وأما بالنسبة إلى وصف المال فقد أشار بارتان إلى ضرورة الرجوع لقانون موقع المال وإجراء عملية التكييف اللازمة والضرورية. (الحداد، حفيظة السيد، ص 83).

وبناء على ما سبق، فإن هذا الاستثناء بالنسبة لموقع المال فإنه يستوجب من القاضي الرجوع لقانون الموقع دون الرجوع لقانون القاضي، حيث إن موقع المال قادراً على تحديد وصف المال وفيما إذا كان عقاراً أم منقولاً، انطلاقاً من تحقيق المنطق والعدالة وتحقيق مقتضيات العدل والأنصاف. (صادق، هشام علي، ص 47).

2. نطاق تطبيق إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم موضوع النزاع:

ذهب أنصار هذه النظرية إلى ما ذهب إليه أنصار قانون القاضي في الاستثناء الوارد على التكييف عدم خضوع التكييف اللاحق أو الثانوي لقانون القاضي حيث أن التكييف الأولي الذي يعمل قاعدة الإسناد هو وحده الذي يخضع لقانون القاضي، أما التكييفات اللاحقة التكييف الموضوعي موضوع النزاع فإنه يخضع للقانون الواجب التطبيق الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد.

3. نطاق تطبيق إخضاع التكييف للقانون المقارن .

إن الدور العظيم والكبير لمهمة القاضي الوطني في هذه النظرية التي تتطلب منه الخروج من نطاق ومفاهيم القانون الداخلي الذي يحكم فيه، إلى مهمة عظيمة تتطلب جهدا كبيرا في دراسة القانونين لمقارنة قوانين دول العالم الخاضعة لقواعد القانون الدولي الخاص، من أجل الوصول إلى مفاهيم عالمية مشتركة للأفكار المسندة لقواعد القانون الدولي الخاص، والتي يبني عليه من تحديد قاعدة الإسناد التي تحدد القانون المختص في النظر في النزاع المعروض أمامه دون أن يكون له أية علاقة بالبحث بالقواعد الموضوعية لذلك القانون الذي تمت الإشارة إليه وفقا لقواعد الإسناد المختصة وكان القاضي هو الذي يقوم بإيجاد هذه القواعد ولكن ضمن ضوابط عالمية مشتركة موجودة في قواعد القانون الدولي الخاص. (البستاني، سعيد، ص144).

4. نطاق التكييف وفقاً لقانون الإرادة:

تعتبر الإرادة الموجه الرئيس في تحديد نطاق التكييف، وهذا النطاق يختلف باختلاف النظرة إلى دور الإرادة، هو ما ينعكس على كيفية تحديد قانون الإرادة. (جمال الدين، صلاح الدين، ص 65). إنه وبمجرد التقاء الإرادات المتعاقدة، يصبح كاف بذاته، مجرداً، كمصدر للالتزام الذي بناء عليه تتشكل الحقوق وتبنى الواجبات، وهذا الأمر يتضمن إعطاء الحرية للأفراد في تحديد كل مايتعلق بالعقد المتفق عليه

وخصوصاً عملية التكييف الذي هو ليس بمناط القانون فقط، وإنما للإرادة تحديد الطريقة والإجراءات التي يتم من خلالها تكييف عقدهما حيث تستطيع إن تتوسل التنويع أو التجزئة في التكييف: إن تختار قواعد قانونية من تشريعات مختلفة، حيث يحق لهم تحديد نطاق التكييف، كما أنه لهم الحق بجعل كل بند من البنود الاتفاقية بتكيفه وفقاً أي قانون يحقق مصالحهم المتعارضة حتى لو كانت القواعد الأمرة لا تجيز ذلك كالنص التشريعي الأردني الذي خول القانون الأردني بالقيام بإجراء التكييف في الروابط القانونية ذات الصلة الدولية فالمسألة مسألة خيار للإرادة إذا شئت فالتكييف لا يخضع إلى أي قانون، وإذا شئت كان القانون المختار بندا كبقية البنود في العقد أن هذه النظرية تعطي الحق للأفراد باختيار القانون الواجب التطبيق، فالقانون الذي عينته الإرادة ليست له بذاته قوة الإلزام إلا في الحدود التي ترسمها له تلك الإرادة. (منصور، سامي بديع، ص 493).

وعليه فإن الإرادة العقدية يعود لها أمر تحديد العنصر الذي يكون له في ذهن أطراف العلاقة الأهمية المؤثرة في تحقيق اقتصاديات العقد وبالنسبة لبقية العناصر.

(أما إذا كان المتعاقدون قد عنوا أن يكون عقدهم صفقة فرنسية أو صفقة إسبانية) فقانون الإرادة يطبق بصرف النظر عن القانون الشخصي للأطراف أو القانون الإقليمي لموضوع التعاقد. (باتيفول ولاغارد، ص 572) نقلاً عن (عرموش، ممدوح، ص 161).

إلا أن هذه الإرادة قيدت من خلال منطقتي النظرية الموضوعية التي وضعت العديد من المقيدات التي يعتبر من أهمها وجود صلة أو رابطة بين القانون المختار والرابطة التعاقدية، و عدم قدرة الأفراد على اختيار أكثر من قانون لحكم الرابطة العقدية الواحدة. (منصور، سامي بديع، ص 497).

وبناء على ما سبق فإن النظرية الموضوعية قد قامت بتحديد نطاق الإرادة في تحديد القانون الذي يكيف الإرادة.

وفي كلا النظريتان لا يوجد ما يمنع من اختيار القانون الذي يكيف الرابطة التعاقدية، وبذلك توجه بعض التشريعات مثل القانون الأردني بحصر التكييف بالقانون الأردني غير صحيح لذلك يجب تعديل هذا التشريع ومنح الحرية للأفراد باختيار القانون الذي يكيف روابطهم التعاقدية ولكن ضمن القيود العالمية المتفق عليها .

6. قصور النظريات في إجراء التكييف اللازم والضروري لمعرفة القانون الواجب التطبيق

أ. نظرية إجراء التكييف وفقا للقانون الذي يحكم النزاع:

إن القيام بإخضاع التكييف للقانون الأجنبي المختص فيه عملية تتبؤ مسبقه فهو يفترض النتيجة (وهي القانون الأجنبي) قبل السبب (وهو التكييف). (عبد الله، عز الدين، ص 392).

لقد تعرضت هذه النظرية للعديد من الانتقادات وذلك لقصورها وضعفها في العديد من الجوانب، هذا الضعف أدخلنا في الحلقة المفرغة، حيث إن تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية لا يتم إلا بعد إجراء التكييف اللازمة، الذي ليس من المتصور أن يتم تحديده وفقا للقانون الأجنبي لأنها قواعد إسناد وطنية، كما أن منطق هذه النظرية قد وجد عائقا في العلاقات التي تحتل تكييفها مزدوجا. (عبد العال، عكاشه، ص 133) .

ب. إخضاع التكييف لقانون القاضي:

إن حصر التكييف بقانون القاضي يعطي اختصاصا واسعا لا تبرير له، حيث افترضت وجود اشتراك في الغاية التي تسعى كل من القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد حيث إن كل من هذه القواعد تختلف في الغاية المنشودة في كل منها، فقواعد الإسناد جاءت من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق. بينما القواعد الموضوعية تعمل على إنهاء المسألة المعروضة عليها بإصدار الأحكام المنهية للخصومة .

كما أن هذه النظرية تنتبه إلى أن القاضي سيقوم بوصف نظاما بعيدا كل البعد عن أنظمته وأحكامه، أما بالنسبة للاستثناء المتعلق بوصف المال والذي يعتبر من قبيل التكييف اللاحق أو الثانوي، وهو تكييف يخضع للقانون المختص، فكيف نستطيع إخضاع تكييف المال المنقول نزولا عند هذا الاستثناء وذلك في الحالات التي لا يوجد فيها موقع محدد للمال محل النزاع، كما قد يكون المال المراد وصفه قد يكون موزعا بين إقليم أكثر من دولة لكل منها وصف قانوني يختلف عن الآخر مما يؤدي إلى تعدد قواعد الإسناد. (الحداد، حفيظة السيد، ص 86) .

ج. نظرية إخضاع التكييف للقانون المقارن :

إن من أهم التعقيدات والمشاكل التي تعرض له هذا المنهج أن مناصريه لم يستطيعوا أن يتوصلوا إلى أفكار مشتركة ومفاهيم التي يتضمنها القانون الدولي الخاص في مختلف دول العالم ، حيث إن الطابع الوطني لهذا الفرع من القانون والاختلاف في الأنظمة القانونية يعيق هذه النظرية ، كما أن تأثر أصحاب هذه النظرية بالطابع الوطني أدى إلى اختلاف الحلول المتعارضة التي توصلوا إليها من الدراسات المقارنة ، بالإضافة إلى أن تحديد مفهوم كل قاعدة قانونية لا يكون إلا بالرجوع إلى واضعيها التي هي عرضة للتغيير أو التبديل. (عبد العال، عكاشه، ص136) .

7. مشكلة تنازع التكييفات:

لقد تبين لكل من (بارتن) و (كاهن) إنه من المستحيل عملياً توحيد قواعد القانون الدولي الخاص على النحو الذي ينشده أنصار النظرة العالمية لتنازع القوانين، ذلك أنه حتى لو تطابقت قواعد الإسناد في دولتين مختلفتين، فإن ذلك لا يحول دون اختلاف حلول تنازع القوانين السائدة في كل منها نظرا لاحتمال اختلاف كل من الدولتين حول تكييف المسألة محل النزاع. (صادق, هشام علي، ص 40).
يعتبر عدم التطابق بين مضمون كل فكرة ووعاء كل فكرة مسندة من أهم الأسباب الرئيسة التي ساهمت في عدم نجاح هذه النظرية نتيجة التشابك بين عناصر الفكرة والفئات القانونية،

الذي أدى إلى اختلافات حلول تنازع القوانين، مما أدى إلى عدم الوصول لحل لمشكلة تنازع القوانين. (البستاني، سعيد، ص 151) .

ففي الاعتمادات المستندية لا زال هناك خلاف فقهي حول تحديد طبيعة الاعتمادات المستندية بين من يعتبره من عقود الإذعان أو من عقود الوكالة...الخ.

إن أعمال قواعد القانون الدولي الخاص تواجه ثلاثة أنواع من التنازع كما بين (كاهن) والذي يعد من أهمها: التنازع الصريح للقانون الذي ينتج عن اختلاف قواعد الإسناد في الدول المختلفة. (الحداد، حفيظة السيد، ص66) .

فبعض الدول يخضع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة في حال الاتفاق أما في حال الاختلاف فإن قاعدة الإسناد قد تكون مكان إبرام العقد والبعض الآخر يرى إن قاعدة الإسناد مكان تنفيذ العقد .
أما النوع الثاني: ينتج من عدم الاتفاق بين الدول المتعددة حول المفاهيم والمعاني التي تضيفها على الضوابط الإسنادية من أجل تعيين القانون الواجب التطبيق. (الحداد، حفيظة السيد، ص 67) .
وتم تسميته أيضاً بالتنازع المتحرك غير المباشر حيث الاختلاف في ضوابط الإسناد نتيجة اختلاف قواعد الإسناد نتج عنه تغير الأحكام المنهية للخصومة لموضوع النزاع نفسه. (البستاني، سعيد، ص151) .

ومن هنا يتبين أن كثيراً من الدول تخضع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة إلا أن المقصود بالإرادة يختلف من دولة لأخرى .

أما النوع الأخير والذي يكون ناتج بين الاختلاف حول تحديد طبيعة العلاقة القانونية الذي هو أساس وجود القانون الدولي الخاص ويطلق عليه التنازع الخفي أو الضمني للقوانين. (الحداد، حفيظة السيد، ص67) .

أو ما يطلق عليه بعض الفقهاء بالتنازع بسبب اختلاف قواعد الوصف القانوني. (حافظ، عبد المنعم، ص 323) .

وايضاً إن اختلاف الأفكار المسندة رغم أن معظم الدول اعتمدت قواعد إسناد معينة متشابهة أدت إلى عدم الوصول إلى قانون واحد يحكم نفس المسألة، هذا يؤدي إلى ظهور أحكام مختلفة على نفس موضوع النزاع. (البستاني، سعيد، ص 149- ص 151) .

8. تقدير الباحث للنظريات :

إن كل نظرية لها طابعها الخاص الذي يميزه عن الآخر، ولكن جميع هذه النظريات تشترك بطابع مشترك هو القاضي الوطني الذي يقوم بإجراء التكييف ولكن وفقاً لقانونه تتم عملية التكييف فهذا الاختلاف الذي يظهر ويبرز بين مؤيدي للقانون الوطني ومعارضيه للقانون الأجنبي أو مؤيد للفقهاء المقارن ومعارض لقانون القاضي أو مؤيد للقانون المتفق عليه والعكس.

ولكننا ونحن في ظل التطور العالمي في شتى المجالات والنواحي الاقتصادية والاجتماعية والتجارية، وبسبب انفتاح الشعوب والحضارة على بعضها فلا بد أن يكون التوجه بطرح أفكار ومفاهيم عالمية وخصوصاً في التجارة الدولية من حيث القوانين والتشريعات التي تنظمه أن تأتي وفق ما تتحقق من مصالح متضاربة لجميع الأطراف مهما اختلفت جنسياتهم عبر قواعد دولية موحدة من خلال الهيئات التشريعية.

ثالثاً: الإحالة ودورها في الاعتمادات المستندية .

إن اختلاف قواعد الإسناد لا تسبب مشكلة تنازع التكييفات فقط وإنما تتسبب أيضاً في ظهور مشكلة الإحالة، حيث إن عدم اختلاف قواعد الإسناد لا يؤدي إلى ظهور هذه المشكلة فحسب فإذا اختلفت قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي عنها في قانون القاضي، كما هو الحال فيما لو عرض على القضاء الأردني مثلاً نزاع يتعلق بأهلية عراقي متوطن في الأردن.

فبينما تقضي قاعدة الإسناد الأردنية بتطبيق القانون العراقي (قانون الجنسية)، نجد أن قواعد التنازع في هذا الأخير تشير بتطبيق القانون الأردني بوصفه قانون الموطن وعليه تبدأ مشكلة الإحالة : هل ينصاع القاضي الأردني لقاعدة الإسناد العراقية التي تحيل إلى أحكام القانون الأردني أم يطبق القواعد الموضوعية في القانون العراقي دون أن يعبأ بما تشير به قواعد الإسناد في هذا القانون ؟

فإذا تم إعمال قاعدة الإسناد من قبل القاضي فأشارت بتطبيق قانون أجنبي معين فإن هذه العملية تثير العديد من التساؤلات حول المقصود بهذا القانون، وهل يرجع القاضي إلى القانون الأجنبي في جملته بما يترتب على ذلك من استشارة قواعد القانون الدولي الخاص، فيه والتي قد تقضي بالإحالة إلى قانون آخر؟ أم أن على القاضي أن يرفض الإحالة ويتجه مباشرة إلى القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي ويطبقها على واقعة الدعوى دون الاعتداد بقواعد التنازع التي يتضمنها هذا القانون.

إن الإجابة على هذه التساؤلات يربط مشكلة الإحالة بكل من تفسير قاعدة الإسناد الوطنية والمعنى المقصود بالقانون الأجنبي الذي أشارت باختصاصه. (صادق، هشام علي، ص 75).

بعد أن يقوم القاضي بإجراء التكييف اللازم لقاعدة الإسناد وأشارت إلى تطبيق قانون أجنبي معين، فهل نرجع إلى القانون الأجنبي في جملته بما في ذلك استشارة القواعد الخاصة للقانون الدولي فيه والتي قد تقضي بالإحالة إلى قانون آخر أم يقوم القاضي بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي دون استشارة قواعد التنازع في هذا القانون الأجنبي وبعبارة أخرى ماذا يطبق من القانون الذي أشارت إليه قواعد الإسناد فهل يتم تطبيق القواعد الموضوعية التي تحكم موضوع النزاع أم نطبق القواعد الإجرائية والشكلية التي تحكم أطراف النزاع أم نطبق قواعد الإسناد التي تحدد القانون الواجب التطبيق في تنازع القوانين أضف إلى ذلك فإنه في الالتزامات التعاقدية التي تحدد القانون الواجب التطبيق فإننا نقع في هذه المشكلة نفسها .

لقد ظهر اتجاه يرى أنه بعد إجراء عملية التكييف من قبل القاضي فإنه يتجه في بعض المسائل إلى عدم تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي التي أشارت إليه قواعد الإسناد وفق القانون الذي تم التكييف وفقا لها، وإنما يقوم بإعمال وتطبيق قواعد الإسناد في القانون الواجب التطبيق والذي تم التوصل إليه من قبل القاضي الناظر في النزاع وقد برز هذا الاتجاه على أثر قضية فورجو. (1878). (البستاني، سعيد، ص 156)

وبناء على هذه القضية فإنه بعد إجراء التكييف من قبل القاضي للوصول إلى قاعدة الإسناد التي تشير إلى القانون الواجب التطبيق، فإن هذا القانون الذي أصبح مختصا بنا على قاعدة الإسناد الوطنية يشتمل على ثلاثة أنواع من القواعد (قاعدة الاسناد و القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية)، فإن تطبيق أي نوع يؤدي إلى نتائج مختلفة حيث إن تطبيق قواعد الإسناد في ذلك القانون الذي أصبح مختصا بنظر النزاع يؤدي إلى ظهور نظرية الإحالة والأخذ بها على شرط أن يوجد اختلاف في الحكم بين قانون دولة المحكمة والقانون الأجنبي الذي تقرر تطبيقه. (عرموش، ممدوح، ص 56).

والنوع الثاني: من هذه القواعد تسمى القواعد الموضوعية الموجودة في القانون الأجنبي، والتي يأتي تطبيقه في حال وجود نص قانوني صريح أو اتفاق بين الطرفين على تطبيق تلك القواعد الموضوعية وبالتالي فإن الإحالة لا يتم تطبيقها. (الداودي، غالب، ص 106) .

أما النوع الثالث : فهي القواعد الإجرائية والشكلية فلا يرد عليها التنازع أبدا إلا في حالة وجود نص قانوني خاص أو معاهدة دولية نافذة. (الداودي، غالب، ص 106) .

إن ظهور الإحالة كمشكلة تظهر من خلال اختلاف قواعد الإسناد في مختلف الدول، وإن هذه المشكلة يمكن أن تنتهي عند النظر إلى القانون الأجنبي كوحدة واحدة لا تتجزأ. (كمال، محمد فهمي، ص 419)

سيتم مناقشة البحث في هذا الموضوع من خلال تعريف الإحالة والتعرف إلى أنواعها والتعرف على صورة الموقف الفقهي والقضائي منها حتى نتمكن من بيان أثره ودوره على عقود الاعتمادات المستندية .

التعريفات :

تعريف الإحالة : بأنها رفض الاختصاص من قبل القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة إسناد القاضي ورده أو تحويله بواسطة قاعدة إسناد هذا القانون الأجنبي إلى قانون دولة أخرى.(البستاني، سعيد، ص157) .

وعرفت أيضاً بأنها:(النظرية التي تلزم بتطبيق قواعد الإسناد الأجنبية أولاً في القانون الذي تقرر تطبيقه بموجب قواعد إسناد دولة المحكمة التي تنتظر في النزاع على شرط أن يكون هناك اختلاف في الحكم ما بين قواعد الإسناد الأجنبية) .(عرموش، ممدوح، ص56) .

وتعرف الإحالة أيضاً: (بأنها إشارة قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق القانون الأجنبي وبالمقابل تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الوطني أو أي قانون آخر). (المصري، محمد وليد، ص96).

من المعلوم أن لكل دولة نوعان من القواعد: قواعد الإسناد وهي التي تشير إلى القانون الواجب التطبيق وينتهي دور هذه القاعدة حسب قانون القاضي بتحديد القانون المختص بعد إجراء التكييف اللازم والضروري وقواعد موضوعية هي التي تقوم بالفصل مباشرة بموضوع النزاع .

ولكن الإحالة لا تبرز في نظرية إجراء التكييف وفقاً لقانون القاضي إذا تم الإسناد إلى القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، ولكنها تبرز في نظرية إجراء التكييف وفقاً للقانون المختص الذي يتطلب أعمال جميع القواعد الإسنادية والقواعد الموضوعية، فإذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون القاضي أو قانون أجنبي آخر فإن القاضي عليه أعمال هذه القواعد ومن هنا تظهر مشكلة الإحالة. و مشكلة الإحالة ظهرت بسبب قواعد الإسناد الوطنية.

أنواع الإحالة :

سيتم ذكر عدة أنواع من الاحالة لكن الباحث سيقوم بالشرح لنوعين من الاحالة نظراً لي أهميتهما من وجهة نظر الباحث .

1. الإحالة القريبة: وهي التي يتم فيها إرجاع الاختصاص إلى قانون القاضي (الإحالة من الدرجة الأولى) فإذا أحالت قواعد الإسناد المقررة في القانون الأجنبي الأمر ثانية إلى قانون دولة المحكمة نفسها تعتبر إحالة بسيطة) .(عرموش، ممدوح، ص57) .

2. الإحالة البعيدة: وفيه يتم تطبيق قانون دولة ثالثة (إحالة من الدرجة الثانية) إلا أن هذا النوع يجب تسميتها بالإحالة المفتوحة لأنه قد تتجاوز الإحالة أكثر من أربع دول تطبيق قانونها. (كمال، محمد فهمي، ص419) .

3. الإحالة المفرغة: وفي هذا النوع فإن أمر تحديد القواعد القانونية الموضوعية أصبح من المستحيل وخصوصاً في العلاقات التي ترتبط بها الكثير من العناصر في موضوع الدعوى حيث يتم الانتهاء من حيث تم البدء .

4. الإحالة الشاملة: وهي التي تكون شاملة لكافة أنواع المنازعات المدنية والتجارية والأحوال الشخصية .

5. الإحالة المحددة: هي التي تكون خاصة بمنازعة معينة سواء أكان في المنازعات المدنية أو التجارية أو الأحوال الشخصية .(عرموش، ممدوح، ص58) .

أولاً : الإحالة القريبة: عندما تشير قاعدة الإسناد الأجنبية التي تم الإسناد إليها من قبل قواعد الإسناد الوطنية إلى اختصاص القانون الوطني للنظر في هذه المنازعة أو المسألة المعروضة تسمى الإحالة من الدرجة الأولى أو إحالة بسيطة). (المصري ، محمد وليد، ص97) .

ومفاد هذا النوع من أنواع الإحالة أنه إذا حدد الاختصاص عبر قواعد الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق القانون الأجنبي ليحكم الخلاف المعروض على القاضي الوطني، الذي بدوره يقوم بالبحث بقواعد الإسناد لهذا القانون الأجنبي، لبيان إذا ما كانت تقبل الاختصاص للقواعد الموضوعية في القانون الأجنبي الذي تم الإسناد إليه، أو أنه يحيل هذا الاختصاص إلى قانون القاضي بعد رفض الاختصاص من قبل قواعد الإسناد لهذا القانون الأجنبي.(الحداد، حفيظة السيد، ص 131) .

ثانياً: الإحالة البعيدة: في هذا النوع تقوم قاعدة الإسناد الأجنبية التي تم الإسناد إليها من قبل القاضي الوطني برد الاختصاص إلى قانون دولة أخرى. (عبد العال، عكاشة، ص 189) .

أسباب ظهور الإحالة :

لقد برزت هذه القضية إلى الوجود على أثر القضية المشهورة أمام القضاء الفرنسي والمسماة بقضية (فورجو)، وتتخلص وقائع هذه القضية في أن ولدا يدعى (فورجو جنسيته بافاري) ولد في بافاريا، انتقل مع أمه إلى فرنسا وهو لم يبلغ الخامسة عشر من عمره توفي وهو في الثامنة والستين تاركا وراءه ثروة منقولة، ولم يحصل على الجنسية الفرنسية، ذلك أن الحكومة الفرنسية تمنع الحصول على جنسيتها إلا وفق إجراءات منصوص عليها في القوانين الفرنسية، ثار نزاع بين أقاربه الطبيعيين من الحواشي والحكومة الفرنسية المتمثلة في مصلحة الدومين العام على التركية لمن تؤول. (عبد العال، عكاشة، ص 191).

وفي هذه القضية ظهرت مشكلة البحث عن القانون الواجب التطبيق فهل نطبق القواعد الموضوعية للقانون الفرنسي أم نطبق القواعد الموضوعية للقانون البافاري للميراث ذلك أن الحل سيختلف بين هذين القانونين الذي يعطي أحدهما الحق للحواشي والأخر يمنع .

وبعد أن عرضت هذه القضية أمام محكمة استئناف (بورديو) حكمت بعد أن أجرة التكييف اللازم لمعرفة قاعدة الإسناد التي تطبق في هذه الحالة بإشارة قاعدة الإسناد الفرنسية المتعلقة بالمواريث إلى عقد الاختصاص في ميراث الأموال المنقولة لقانون الموطن الأصلي، وبما أن القضاء الفرنسي أخذ بنظرية إجراء التكييف وفقا لقانون الدولة المختصة التي توجب أن يكون النظر في المنازعة كل لا يتجزأ بين القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد وبما أن الحالة هنا متعلقة بنزاع ذات عنصر أجنبي فإنه يجب البحث أولا في قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص والتي تعطي الاختصاص لقانون الموطن الفعلي وهو القانون الفرنسي، الذي لا يورث حواشي الابن الطبيعي في هذا الزمن، فأصبحت التركة لا وارث لها وكنتيجة طبيعة فقد انتقلت التركة إلى الدولة الفرنسية ومنذ 24 يونية 1878 أستقر القضاء الفرنسي على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى. (الحداد، حفيظة السيد، ص 121-122) .

مذاهب مناصري ومناهضي الإحالة:

يرى أتباع هذه النظرية أن إشارة قواعد الإسناد الوطنية إلى القانون الواجب التطبيق لا يجب أن تدخل مباشرة في القواعد الموضوعية وإنما عليه استثارة قواعد الإسناد في القانون الأجنبي، وهذه القواعد هي التي تحدد فيما إذا كانت القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي هي التي تطبق لحل هذا النزاع، و إما أنها ترفض هذا الاختصاص وتشير إلى قانون أجنبي آخر لحل هذا النزاع المعروف أمام القاضي. (الحداد، حفيظة السيد، ص 123) .

حجج أنصار الإحالة :

أن مؤيدي الإحالة يرون أن قانون أي دولة جزء لا يتجزأ سواء أكانت قواعد إسناد أم قواعد موضوعية، ولذلك فإن على القاضي أن ينظر أولا إلى قواعد الإسناد فإذا أشارت إلى أن الاختصاص يعقد لقانونه

فإنه في هذه الحالة يطبق القواعد الموضوعية لحكم هذه المسألة المعروضة أمامه، وبالتالي فإنه لا يمكن أن نطبق قانون أي دولة لا يعترف فيها بالاختصاص لنفسه حيث يشكل ذلك في حالة تطبيق هذه الدولة غير المختصة اعتداء على سيادة القانون في تلك الدولة.(كمال، محمد فهمي، ص423) إن القواعد الموضوعية مرتبطة في تطبيقها بقواعد الإسناد ارتباط الإنسان بظله.(فؤاد، سامية، ص109) .

ذلك أن الإحالة تؤدي إلى وحدة القانون الأجنبي الذي تقرر تطبيقه وفق قواعد الإسناد في دولة المحكمة التي تنظر النزاع ولا يؤدي هذا إلى تشويبه.(عرموش، ممدوح، ص9) .

كما يرى أنصار الإحالة أنه إذا أسند قاضي النزاع المسألة المعروضة أمامه إلى القانون الأجنبي المختص فإنه يجب على القاضي الوطني أن ينظر في هذا النزاع كما ينظر إليه من قبل القضاء الأجنبي المختص والذي أشارت إليه قاعدة الإسناد في دولة القاضي، وهذا التطبيق يشمل قواعد الإسناد للقانون الأجنبي.(كمال، محمد فهمي، ص422) .

أضف إلى أن ذلك يؤدي إلى تعميم الحلول في مسائل التنازع مما يترتب عليه تيسير نفاذ الأحكام الأجنبية.(فؤاد رياض، سامية راشد، ص145) .

إن عدم تطبيق نظرية الإحالة يؤدي إلى تطبيق القانون الأجنبي بعكس إرادته لأنه يرفض الاختصاص لنفسه ويفضل تطبيق قانون آخر.(عرموش، ممدوح، ص60) .

كما أن عدم الأخذ بنظرية الإحالة قد يؤدي بالنتيجة النهائية إلى عدم تنفيذ الحكم بعد أن تصدره محكمة الموضوع بل على العكس أن الأخذ بهذه النظرية يؤدي إلى توحيد الأحكام من قبل المحاكم في أية دولة أخرى؛ لأن المحاكم سوف تطبق القواعد وهذه ولاشك تؤدي إلى وحدة وتمائل الأحكام بغض النظر عن مكان رفع الدعوى.(عرموش، ممدوح، ص60) .

إن أنصار الإحالة يستندون على هذه الحجة حيث أن رفض الإحالة يؤدي إلى تجريد الحكم الصادر في الدعوى من قيمته العملية، فالقاضي عندما يقبل الإحالة فهل سيقوم بإعطاء نتائج غير النتائج التي سيتوصل إليها القضاء الأجنبي.(البستاني، سعيد، ص 165) .

وعلى هذا استند القضاء الفرنسي ويشترط في المحكم المطلوب تنفيذه في فرنسا أن يكون قد طبق على النزاع القانون المختص وفقاً لما تشير له قواعد الإسناد الفرنسية.(كمال، محمد فهمي، ص 422) .

مناهضي الإحالة وحججهم :

إن الاختلاف الواضح في الاتجاهات القضائية وخصوصاً في القضاء الفرنسي وغالبية فقهاء القانون في فرنسا وعلى رأسهم الفقيه (بارتان) وضعوا العديد من الحجج المناهضة للإحالة القائمة على مبدأ أن المشرع الوطني عندما وضع قاعدة الإسناد إنما جاء من أجل الوصول إلى حلول وأحكام منهية للخصومة، وهنا دور القاضي الوطني ينتهي بانتهاء تحديد القانون الواجب التطبيق، وهنا لا يكون المقصود تطبيق القانون المختص كوحدة واحدة لا يتجزأ بما في ذلك قواعد الإسناد وإنما يكون المقصود هو تطبيق القواعد الموضوعية دون قواعد الإسناد في ذلك القانون الذي أصبح مختص بالنظر بقواعد الإسناد في دولة قانون القاضي، ذلك أن الأخذ بمجمل القانون الأجنبي يؤدي إلى نتائج غير صحيحة والتي تؤدي إلى الدخول في دوامة الإحالة وما تؤدي إليه من الدخول في الحلقة المفرغة التي لا يسع أحد من الأطراف المتنازعين الدخول فيها وخصوصاً في العلاقات التجارية الدولية.(البستاني، سعيد، ص 166-167) .

ويرى البعض من مناهضي الإحالة أن القانون لا يمثل وحدة غير قابلة للتجزئة فالقواعد الموضوعية لها وظيفة تختلف تماما عن وظيفة قواعد الإسناد فلا يوجد ما يمنع من الأخذ بواحدة دون الأخرى لأنها مستقلة تماما، وليس بينهما أي ترابط، أضف إلى ذلك أن تطبيق القانون الأجنبي يتم وفق قواعد الإسناد الوطنية النافذة في دولة المحكمة ولا يجوز ترك هذه الإرادة الوطنية وتنفيذ إرادة المشرع، أما بالنسبة لتنفيذ الأحكام الأجنبية فليس من الضرورة دائما الربط بين نظرية الإحالة وتنفيذ الأحكام الأجنبية، قد تكون نظرية الإحالة وتنازع القوانين شرط واحد من شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية في العالم، وأما بخصوص ربط الإحالة بتوحيد الأحكام فهذه أيضا غير متحققة دائما؛ لأنه من الاستحالة بمكان أن تتفق قوانين العالم كلها بالأخذ بنظرية الإحالة، كما أنه ليس دائما أحكام قواعد الإسناد ما بين دول العالم متشابهة. (عرموش، ممدوح، ص61).

نطاق الإحالة والقيود على تطبيقها :

إن الاختلاف في آراء الشراح حول نطاق أعمال نظرية الإحالة الذي جاء كنتيجة منطقية في المدى الذي يحدد نطاق تطبيق الإحالة من حيث الدرجة والموضوعات، إنما جاء من أجل الحد من الهجوم الموجه للإحالة. (البستاني، سعيد، ص 168).

قبول الإحالة كقاعدة عامة ترد عليها بعض الاستثناءات :

يرى (باتيفول) أن المشرع الوطني عندما يضع قاعدة الإسناد من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق، وفي هذا التنازل من السيادة الوطنية هو اعتراف بتطبيق القانون الأجنبي من أجل حسم النزاع والوصول إلى الحكم المنهي للخصومة، فقاعدة الإسناد الوطنية التي تحدد مجال تطبيق القانون الأجنبي في المنازعة المعروضة عليه، تكون على احتمال وجود تنسيق افتراضي مع قاعدة الإسناد الأجنبية التي لا تتدخل بطريق المصادفة،

إنما القاعدة الإسنادية الوطنية هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق ولكن رغم قبوله للإحالة إلا أنه أورد استثنائين الأول يتعلق بمجال تطبيق قانون الإرادة والثاني ينصرف إلى مجال تطبيق قاعدة شكل التصرف يخضع لقانون محل إبرامه .

الاستثناء الأول قانون الإرادة: لقد جاء هذا الاستثناء من أجل بيان أن الأخذ بالإحالة من عدمها يتوقف على اتجاه إرادة المتعاقدين للخضوع لقواعد الإسناد أو تطبيق القانون المختار ككل (وحدة واحدة لاتجزأ)، أو الإشارة الواضحة والصريحة إلى تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المختار من قبل قواعد الإسناد في قانون دولة القاضي الناظر في النزاع، أن الأخذ بالإحالة من عدم الأخذ فيه وخصوصاً في الالتزامات التعاقدية أمر مرتبط بإرادة الأطراف المتعاقدين، هذا في حالة أشارت قواعد الإسناد إلى قانون الإرادة في الالتزامات التعاقدية. (البستاني، سعيد، ص 170) .

وكذلك لقد رأى (باتيفول) أن إرادة الأطراف المتعاقدين عند اختيار القانون الواجب التطبيق لحكم علاقتهم التعاقدية إنما يتجه إلى اختيار القانون بالنظر إلى ما يتضمنه من قواعد موضوعية. (كمال، محمد فهمي، ص 426) .

وبالرجوع إلى الآراء الفقهية المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق هل نطبق القواعد الموضوعية أم قواعد الإسناد أم أن القانون يطبق كوحدة واحدة لا يتجزأ، فقد اختلفت هذه الآراء بين مؤيد لتطبيق القواعد الموضوعية، وبين معارض وبين مناهض للقواعد الموضوعية وبين مؤيد لقواعد الإسناد وأن القانون يجب أن يطبق كوحدة واحدة لا تتجزأ، ففي الالتزامات التعاقدية عندما حددت الإرادة ضابطاً للإسناد، والتي تستطيع هذه الإرادة اختيار القانون الواجب التطبيق انطلاقاً من العقد شريعة المتعاقدين ولكن افترض أن إرادة الأطراف اتجهت إلى القواعد الموضوعية من غيرها وجود سند فيه نوعاً من التشكيك، فمادامت أن الإرادة هي التي اختارت وهي على علم بأن هناك قواعد قانون دولي خاص

تتضمن قواعد إسناد لمعالجة النزاعات المعروضة أمام القاضي فلماذا لم تختار أفراد القواعد الموضوعية لحكم هذا النزاع ولماذا تم الافتراض بأن إرادة الأفراد تتجه إلى القواعد الموضوعية دون قواعد الإسناد لذلك القانون الذي من الممكن أن يكون الهدف هو اختيار القانون الذي يشير إليه قاعدة الإسناد لذلك القانون لحكم هذه المسألة، وفي هذا الاستثناء تأييد لقانون القاضي الذي عند إجرائه عملية التكيف فإنه يقوم بها وفقاً للقانون الوطني بغض النظر عن طبيعة النزاع المعروض عليه، فبعد أن يقوم القاضي الوطني بتكييف العلاقة على سبيل المثال من أنها من الالتزامات التعاقدية ويحدد القانون الواجب التطبيق الذي اختارته إرادة الأفراد، فإنه يرجع للقانون الأجنبي وحده في أمر تحديد موضوع الالتزامات التعاقدية.

وبذلك يرى الباحث أن مشكلة الإحالة من أهم المشاكل القانونية التي تتعرض لها الإرادة بين مؤيد للإحالة ومعارض للإحالة وأنا مع الأخذ بنظرية الإحالة حيث إننا في الإرادة الصريحة الواضحة لا يجوز أن نفترض أن الأطراف المتعاقدين قد اتجهوا إلى تطبيق القواعد الموضوعية فلماذا لا نتجه رغبتهم إلى تطبيق ذلك القانون ككل لا يتجزأ، فإذا افترضنا أن هذا القانون المختار يستوجب تطبيق القواعد الموضوعية فيه ولكن قد لا يكون هناك صلة بين الرابطة التعاقدية والقانون الذي تم رفض أعمال الإحالة فيه فقد تتكون الرابطة مع القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد في القانون الذي افترضنا أنه يرفض الإحالة، أضف إلى ذلك أن الغش والتلاعب بإرادة الأطراف المتعاقدين لا يجوز عن طريق رفض الإحالة أو أعمالها .

الاستثناء الثاني:- إخضاع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام .

يرى (باتيفول) إن إخضاع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام هو لتسهيل، وعدم ورود أية تعقيدات في شأن الأحكام المتعلقة بالشكل. (كمال، محمد فهمي، ص 427) .

إن الهدف من هذا الاستثناء استبعاد الإحالة التي تؤدي الي بطلان هذه الأعمال، حيث إن عدم الأخذ بالإحالة يحقق الاعتبارات في التيسير على المتعاقدين الذين قد لا يكون من السهولة عليهم العلم بأحكام قانون دولة أخرى غير الدولة التي تم فيها أبرام العقد . (البستاني، سعيد، ص 172) .

الاستثناء الثالث:- في حالة وجود معاهدة دولية نافذة

كاتفاقية لاهاي الخاصة بنفاذ الزواج لعام(1976) إن الحق في إبرام الزواج يحكمه قانون جنسية كل من الزوجين إلا إذا كان هذا القانون يشير صراحة إلى تطبيق قانون أخرو اتفاقية جنيف في شأن توحيد الكمبيالات والسندات الأذنية في المادة (2) منها لعام 1932 الخاصة بتوحيد الأحكام لهذه الأوراق بكونها أداة وفاء للتجارة الدولية والتي نصت على إنه (إذا كان قانون الجنسية يحول الاختصاص لقانون آخر فإن هذا القانون الأخير هو الذي يسري). (عرموش، ممدوح، ص62) .

الاستثناء الرابع:- عندما تؤدي نظرية الإحالة إلى تطبيق قانون دولة المحكمة :

كما في قضية (فورجو) رغم ما تتعرض له هذه العملية من صعوبة شاقة من قبل محكمة الموضوع للتأكد هل هناك إمكانية لتطبيق قانون دولة المحكمة إذا ما تم الأخذ بنظرية الإحالة، وهذا لاشك تحقق استحالة عملية. (عرموش، ممدوح، ص62) .

الإحالة بين قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية قبول أو رفض في بعض التشريعات العربية والتشريعات الأجنبية .

عارضت أغلب التشريعات العربية الإحالة بشكل صريح وواضح والبعض الآخر لم يأخذ موقفا صريحا وواضحا حيث رفض كلا من المشرع الأردني في المادة (28) مدني والمشرع المصري المادة (27) مدني وعلى العكس أخذت كل من التشريعات والقوانين الفرنسية والإنجليزية بالإحالة ولم تتخذ الجزائر موقفاً واضحاً. (المصري، محمد وليد، ص 101) .

الإحالة في التشريع الأردني :

لقد رفض المشرع الأردني الإحالة في نص المادة (28) والتي نصت على أنه: "إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص". وبهذا النص يكون المشرع قد رفض تطبيق القواعد الإسنادية في القانون الأجنبي وإنما تطبق القواعد الموضوعية فيه. إلا أن المشرع الوطني الأردني أورد استثناء على هذه المادة في حال وجود نص في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في المملكة كما تم النص عليه في المادة (24) من القانون المدني الأردني التي جاء فيها : لا تسري أحكام المواد السابقة إذا وجد نص في قانون خاص ومعاهدة دولية نافذة في المملكة الأردنية الهاشمية يتعارض معها "وعلى ذلك جاءت مؤكدة للمادة (33) من الدستور الأردني. (المصري، محمد وليد، ص 102).

الإحالة في التشريع المصري:

نصت المادة (27) من القانون المدني المصري على : إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص وعليه فإن المشرع المصري رفض الإحالة بصفة مطلقة حيث جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون بقولها إن (قاعدة الإسناد حين تجعل الاختصاص التشريعي لقانون معين تصدر عن اعتبارات خاصة، وفي قبول الإحالة أياً كان نطاقها تفويت لهذه الاعتبارات ونقض لحقيقة الحكم المقرر في تلك القاعد). وبناء عليه فإن الشارع عندما يضع قاعدة الإسناد من أجل البحث عن أفضل القوانين لحكم هذه المسألة، فإن ما تشير إليه هذه القاعدة من ثبوت اختصاص لقانون معين فإنه يعتبر أصلح القوانين لحكم هذه المسألة، وفي غير هذه المنهجية تفويت للهدف المنشود لوجوده في تطبيق القانون الأجنبي.(كمال، محمد فهمي، ص 431).

ويقول البعض: (إن الأخذ بالإحالة أيا كان نوعها يتنافى في ذاته مع الحكمة التي يستهدفها المشرع الوطني عادة عند وضعه لقواعد التنازع، وهي اختيار أكثر القوانين ملاءمة لحل مشاكل الحياة الخاصة الدولية إذا لو كانت هذه هي حكمة قواعد التنازع فكيف يتسنى تجاهل تطبيق الأحكام الموضوعية في القانون الذي تشير باختصاصه بدعوى أن هذا القانون قد فض مشكلة التنازع على نحو آخر). (صادق، هشام علي، ص 192).

الإحالة في التشريع العراقي :

لقد أخذ المشرع العراقي بنظرية الإحالة في كل من المادة (461) (2) من قانون التجارة العراقي والمادة (264) والمادة (48) من قانون التجارة عام 1984 النافذة حيث نص (يرجع في تحديد أهلية الالتزام بمقتضى الاحالة إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الملتزم بجنسيته، فإذا أُحيل هذا القانون إلى قانون دولة أخرى كانت القواعد الموضوعية في قانون تلك الدولة هو الواجب التطبيق) والسبب يعود إلى القانون التجاري الموحد الذي وقع عليه في جنيف عام 1932 اتفاقية جنيف الخاصة بالشيكات وبما أن العراق موقع على اتفاقية جنيف فإنه في هذه الحالة ملزم بتطبيق جميع شروط وبنود الاتفاقية. (عرموش، ممدوح، ص 65) .

الإحالة في التشريع الألماني :

حيث نصت المادة الرابعة من القانون الدولي الخاص الألماني وفق المشرع الألماني الجديد (إذا تم تعيين قانون دولة أجنبية، فإنه يجب أن تطبق أيضا قواعد الإسناد المعنية الموجودة في قانون هذه الدولة، بالقدر الذي لتتعارض فيه هذه القواعد مع روح قاعدة الإسناد الألمانية). (ويجب أن تطبق القواعد الموضوعية في القانون الألماني، إذا أخلت قواعد الإسناد الأجنبية إلى القانون الألماني). وأضفت المادة الرابعة في فقرتها الثانية أنه: (إذا كان للأطراف حرية اختيار قانون إحدى الدول فإن حريتهم في هذا الصدد قاصرة على اختيار القواعد المادية لهذا القانون دون سواها)

وبناء عليه فإن المادة الرابعة قد قبلت بالأخذ بالإحالة، مقيدا بعدم إهدار روح قاعدة الإسناد الألمانية. (الحداد، حفيظة السيد، ص147).

لقد اخذ القانون الألماني بالإحالة كمبدأ عام، بنوعيه القريب والبعيد، إلا أن الأخذ بها جاء مقيد حيث لا يتم إعمالها في جميع المسائل التي تنظمها قواعد الإسناد أيا ما كانت طبيعة المسائل. (الحداد، حفيظة السيد، ص 148).

ومن أهم هذه المسائل :

أولا: تطبيق القواعد المادية الداخلية:

تستبعد الإحالة في حال أشارت قاعدة الإسناد الألمانية إلى وجوب تطبيق القواعد الداخلية المادية في القانون الأجنبي، حيث إن قبول الإحالة تعتبر مخالفة لمقصود الإشارات التي تضمنتها قاعدة الإسناد الألمانية، وفي انتهاك لروح قاعدة الإسناد، ولكن هذه النظرة عارضها جانب من الفقه الألماني مستندا على أن المادة الثالثة لم تعالج الحالات التي تدل على هذا النوع من الاستثناء، على الرغم من أن القانون الألماني الجديد قد أشار صراحة في بعض النصوص التي يتم تطبيق القواعد الداخلية المادية.(الحداد، حفيظة السيد، ص148).

ثانيا : إرادة الأطراف في تعيين القانون الواجب التطبيق:

لقد أعطى المشرع الألماني للأطراف الحق في تحديد القانون الواجب التطبيق وخصوصاً في مجال الالتزامات التعاقدية، وهذا الحق يكون فقط على القواعد الداخلية المادية في القانون الأجنبي دون التي تتعلق بقواعد الإسناد، مما يترتب عليه استبعاد الإحالة فقد نصت صراحة في متن قانونه على ذلك . إلا أن جانباً من الفقه عارض ذلك الاتجاه بأنه يجب ألا يتم اتباع هذا الاستثناء بدون تقييد ووضع ضوابط معينة له، وأن عدم الأخذ بالإحالة يجب أن يتم وفقاً للمفهوم الضيق في أن يفسر تفسيراً ضيقاً،

كذلك فإن هذا الاستثناء فيه تعارض مع روح قاعدة الإسناد التي قبلت الإحالة من الدرجة الأولى والثانية، كما أن التطبيقات العملية أثبتت وجود العديد من القصور المتمثلة في عدم معرفة الأطراف المتعاقدين بالقانون المادي الذي سيطبق على العقد وما يترتب عليه من ضياع للحقوق .

ثالثاً : قواعد الإسناد ذات الضوابط التخيرية :

استخدم المشرع الألماني العديد من قواعد الإسناد ذات الضوابط التخيرية، حيث يتم فيه استخدام أكثر من ضابط على سبيل التخير، وهي لا تتشابه مع القواعد الإسنادية التعددية التي تخضع العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي لأكثر من ضابط على سبيل التعدد والجمع ولقد عمل المشرع الألماني على استثناء هذه القواعد الإسنادية ذات الضوابط التخيرية لكون روح هذه القواعد تتعارض مع قبول الإحالة بالنظر إلى أن الهدف منها هو مصلحة معينة من خلال إمكانية عقد الاختصاص لأكثر من قانون على سبيل التخير، والإحالة تؤدي إلى عدم تحقيق هذه الأهداف والغايات المنشودة، ولكن رأى جانباً من الفقهاء أنه يجب الرجوع إلى الإحالة في حال قصور هذه الضوابط عن تحقيق الأهداف والمصالح المرجوة من هذا الاستثناء. (الحداد، حفيظة السيد، ص 156).

الإحالة في الاعتمادات المستندية :

بعد ما تم استعراضه من بحث في الإحالة سيتم في هذا القسم البحث في دور الإحالة في الاعتمادات المستندية وما مدى إمكانية الإحالة في الاعتمادات المستندية:

بعد ما تبين فقد انقسم الفقه بين مطالب بتطبيق للقواعد الناظمة ككل أي بأن القانون لا يتجزأ، وإنما يجب أن يتم العمل به كوحدة واحدة لا يجوز تجزئته، فإنه يتطلب منا والحالة هنا عدم تطبيق القواعد الموضوعية من القانون الواجب التطبيق الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد وإنما يجب تطبيق جميع قواعده وحسب التدرج المتضمن تطبيق قاعدة الإسناد في الروابط التعاقدية المشوبة بعنصر أجنبي .

إن رغبة الأطراف الصريحة والواضحة هي التي تحدد فيما إذا كان الأطراف المتعاقدين يرغبون في تطبيق النظام القانوني كوحدة واحدة غير قابل للتجزئة أم لا، ولكن إن عدم الأخذ بالإحالة هو احترام لإرادة المشرع الذي وضع هذه الإحالة برفضه للإحالة كما إن إرادة الأطراف جاءت مع هذا التوجه. احترام إرادة المشرع والسعي إلى إنهاء الخصومة والوصول إلى أحكام نهائية دون الدخول في لعبة التنس كان الهدف والغاية في قيام بعض التشريعات من عدم الأخذ بنظام الإحالة، ولكن في الالتزامات التعاقدية التي أجازت من خلالها التشريعات ومنها التشريعات الأردنية القدرة على الاتفاق على القانون الواجب التطبيق، فإنه للوصول إلى القانون المختار لا يتم إلا من خلال نظام الإحالة، فعلى على سبيل المثال إذا أردنا أن نطبق القانون الفرنسي وكون قاعدة الإسناد لا يمكن أن تشير إلى تطبيق القانون الواجب التطبيق إلى القانون الفرنسي لوجود معوقات تشريعية تمنع اللجوء إلى تطبيق القانون الفرنسي ولا يقوم ذلك إلا من خلال القانون المصري فقد تكون إرادة الأطراف تتجه إلى القواعد الاسنادية في القانون المصري من أجل قيام الإحالة من قبل القانون المصري إلى القانون الفرنسي الذي يقبل الإحالة، فلماذا نحرم الأطراف من هذه الغاية إذا كان الهدف هو فض النزاعات بما يحقق لهم مصالحهم المتعارضة. (البستاني، سعيد، ص 171).

والاعتمادات المستندية كغيره من الروابط التعاقدية في حال اتفق الأطراف على تطبيق قانون معين فإن القانون الواجب التطبيق هو الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد وهو قانون الإرادة فإن القبول بالإحالة أو رفضها يختلف من دولة لأخرى فالأردن رفض الأخذ بالإحالة فإذا أشارت قاعدة الإسناد في القانون الذي تم الاتفاق عليه من قبل الأطراف المتعاقدين فإن القواعد الموضوعية المادية هي الواجبة التطبيق دون القواعد الخاصة الدولية، وعليه لو أشارت قاعدة الإسناد إلى قانون آخر فيجب تطبيقه فإنه وحسب القانون الأردني الرافض للإحالة فإن القواعد الموضوعية المادية هي التي تطبق

وهذا على خلاف ما أخذ به القضاء الفرنسي بأن القواعد التي تطبق في القانون الذي تم الاتفاق عليه من قبل الأطراف المتعاقدين في الالتزامات التعاقدية هو الرجوع إلى القانون ككل ولا يجوز تجزئة القواعد إلى قواعد إسناد وقواعد موضوعية إنما يتم التعامل معها ككل، ذلك أن بعض القواعد الموضوعية لا تستطيع أن تحكم هذه الرابطة التعاقدية مما يستوجب أعمال قاعدة الإسناد الوطنية في هذه الحالة .

وبذلك يرى الباحث أن تطبيق الإحالة يجب أن يكون مرهوناً بإرادة القاضي وفق مقتضيات العدالة وما يحقق الأمان التعاقدى للمتعاقدين من العلم المسبق بالقانون الذي يحكم علاقاتهم في عقود الاعتماد المستندي، حيث إنه في الاختيار الصريح بتطبيق قانون لا نستطيع أن نغير إرادة المتعاقدين بتطبيق قانون لا يرغبان تطبيقه، فنظام تنازع القوانين يمر عبر مراحل معينة في حال الأخذ به، فإذا ما أردنا أن نطبقه لفض مشكلة تنازع القوانين يجب أن نعمل به وحسب كل مشكلة تواجهنا، فإذا أردنا أن نلغي الإحالة وعدم الأخذ بها، فإننا بذلك نكون قد نسفنا آلية ومنهجية حل تنازع القوانين عبر قواعد الإسناد، لذلك فإنه من وجهة نظر الباحث يجب العمل بالإحالة بسلبياتها وإيجابياتها .

ثالثاً : اثر الاسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع (التفويض).

تعريف التفويض: هو تركيز الاختصاص في شريعة معينة من بين الشرائع التي تتنازع في نطاقه تنازعا محليا أو شخصيا بعد أن ثبت له هذا الاختصاص على وجه العموم.(كمال، محمد فهمي، ص 422).

وبناء عليه فإن التفويض لا يتخلى عن اختصاصه لقانون دولة أخرى على عكس الإحالة، حيث يكون تركيز الاختصاص وفق قاعدة من قواعد التنازع الداخلي التي يتضمنها ذلك القانون، ومسألة التفويض في حال تعدد في الشرائع الإقليمية والشخصية فقد تعرض إذا ثبت الاختصاص لقانون القاضي.(كمال، محمد فهمي، ص 422).

هناك بعض الدول تتعدد فيها الشرائع تعدداً داخلياً، وهذا التعدد قد يكون إقليمياً مثل الدول المركبة كالولايات المتحدة الأمريكية فكل إقليم من أقاليمها له شريعة خاصة تختلف عن شرائع الإقليم الأخرى أو يكون تعدداً شخصياً كما في لبنان ومصر حيث يتم تطبيق شريعة خاصة لكل طائفة من الأشخاص بالنسبة لمواد الأحوال الشخصية .

وعند حدوث منازعة خاصة دولية فما هو القانون الواجب التطبيق على هذه الأنواع المتعددة إقليمياً أو شخصياً ؟

إن هذه المشكلة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بتفسير قاعدة الإسناد الوطنية، إذ يتعين على القاضي الوطني أن يحدد المقصود بلفظ القانون الأجنبي، عندما يكون قانون دولة تتعدد فيها الشرائع. (صادق، هشام علي، ص 125) .

كما أن القاضي يجب أن يقوم بتحديد الشريعة التي يجب أن يخضع لها النزاع المعروض أمامه من بين الشرائع المتعددة حتى يستطيع التعرف على الأحكام الموضوعية الواجبة التطبيق على النزاع، حيث إن القاضي يقوم بتفويض القانون المختص بتحديد الشريعة الواجبة التطبيق .

مجال تطبيق القاعدة الخاصة بالتفويض .

نطاق التفويض من حيث صور التعدد:

تقوم فكرة التفويض المكاني في التعدد الإقليمي أما في التعدد الشخصي فإنها تختلف بين عدم خضوعه لهذا الفكرة وذلك لخضوعه لشريعة عامة إلى جانبها شرائع أخرى خاصة، لأن تحديد القانون المختص (الشريعة العامة) عبر قواعد الإسناد الذي انتهت مهمته بهذا التحديد، أما علاقة الشريعة العامة بالشرائع الأخرى الخاصة فإنها تعتبر مسألة تفسير للقواعد الموضوعية في القانون المختص لا مسألة تفسير لقاعدة الإسناد في قانون القاضي.

إلا أن قواعد التنازع الداخلي في القانون المختص تقوم بتوزيع الولاية بينها عند وجود شريعة عامة إلى جانبها العديد من الشرائع الخاصة. (كمال، محمد فهمي ، ص 433) .

وبناء عليه إن التفرقة بين التعدد الإقليمي والشخصي لا يوجد له أسباب منطقية أو علمية تبرر هذا الفصل بينهما؛ لأن هذه الشرائع تكون في جملته قانون الدولة، وعندما تشير قاعدة الإسناد إلى القانون الواجب التطبيق، فإنه يتحتم لزما بيان هذا القانون من بين الشرائع المتعددة القواعد الموضوعية. (عبد الله، عز الدين، ص 186) .

نطاق التفويض من حيث ضوابط الاسناد:

تتكون قاعدة الإسناد: من ظروف مادية ومعنوية، تتمثل الظروف المعنوية من إرادة المتعاقدين والجنسية، أما المادية فتتمثل في الظروف المكانية، حيث اختلفت الآراء بين أن التفويض يشمل الظروف المادية دون المعنوية والعكس والبعض الآخر يرى أن التفويض يشمل أيا كان نوع ظرف الإسناد، وسند الرأي الأخير أن مهمة قاعدة الإسناد تنتهي بتحديد القانون الواجب التطبيق من بين العديد من الدول المختلفة المتنازعة في حكم هذه المسألة، أما بالنسبة لظروف الإسناد المادية فإنها تستخدم لتركيز الرابطة القانونية لدولة معينة لا في جزء معين من إقليم تلك الدولة. (Lewald .p589) إلا أن قاعدة الإسناد وفق منهج البعض لا ينتهي دورها إلا بتحديد القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على النزاع، حيث إن أعمال ظرف الإسناد المكاني يحدد القواعد الموضوعية للقانون الواجب التطبيق انطلاقاً من فكرة تركيز الحالة القانونية في مكان معين من إقليم تلك الدولة. (عبد الله، عز الدين، ص 189) .

ففي حال قيام ظرف المكاني لقاعدة الإسناد كالموطن مثلاً، وكان موطن الشخص في ولاية واشنطن بأمريكا، فإن القانون المختص هو القانون الأمريكي، ولكن الاختصاص لم يتحدد إلا بعد إثبات أن الشخص متوطن في واشنطن،

وعليه تتحدد القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على النزاع بطريقة مباشرة، التي تكون قواعد الشريعة المحلية لولاية نيويورك، وبذلك لا يوجد هناك داعي للرجوع إلى قواعد الإسناد الداخلي في القانون الأمريكي فيما إذا وجدت تلك القواعد وكذلك الحال في كل من محل العقد ومحل الفعل الضار أو النافع أو موقع المال.(كمال، محمد فهمي، ص 425) .

وهناك اتجاهين في الفقه في شأن هذه المسألة :

الاتجاه الأول: عدم قدرة قواعد الإسناد على تحديد القانون الأجنبي الداخلي تتيح مجالاً لتدخل التفويض، إن قواعد الإسناد تختلف قدرتها في تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق في الدولة ذات الشرائع المتعددة، حيث تعتبر بعض ضوابط الفعل الضار أو النافع أو محل أبرام العقد أو موقع المال ضوابط مكانية إقليمية، لها كفايته الذاتية على تعيين الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق في الدولة التي تنتوع فيها الشرائع.(البغدادي، حسن، ص 27).

وعليه فإن حدوث منازعة أمام القاضي الوطني بفعل ضار وقع مثلاً في ولاية نيويورك فإن القاضي الوطني يطبق قانون هذه الولاية ذلك أن ضابط الإسناد المكاني يحدد القانون الواجب التطبيق في حال حدوث الفعل الضار كما هي في قانون القاضي لا في القانون الأمريكي في تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق.(عبد العال، عكاشة، ص 306) .

حجج هذا الاتجاه: الهدف من وجود قواعد الإسناد الوصول إلى القانون الواجب التطبيق من أجل إنهاء النزاع المعروض أمام القاضي الوطني ولا يكون ذلك إلا من خلال الرجوع إلى القواعد المادية فمتى ما أمكن الرجوع إلى هذه القواعد فليس هناك ما يدعو الرجوع إلى فكرة التفويض .

1. ضوابط مكانية

بعض ضوابط الإسناد المكانية لها كفايتها الذاتية في تحديد القواعد المادية في القانون الواجب التطبيق في داخل الشرائع المتعددة المبنية على فكرة التركيز المكاني، فلماذا العودة إلى قواعد الإسناد الداخلية وإعمال التفويض في الدولة الأجنبية المتعددة الشرائع؟.(عبد العال، عكاشة، ص 308) .

2. ضابط الإسناد هو إرادة المتعاقد:

تم اعتبارها ضابط الإسناد تؤدي إلى إبطال إعمال التفويض للقدرة والكفاية الذاتية المكانية الذي يعطيها القدرة على تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق دون حاجة إلى إعمال التفويض، ذلك أن إرادة الأطراف المتعاقدين إرادة اختيار شريعة من بين الشرائع الداخلية في حال تعدد الشرائع.(عبد العال، عكاشة، ص 308) .

لا يوجد خلاف بين الفقهاء في أن هذا الضابط قادر على اختيار الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق دون حاجة لإعمال قاعدة التفويض، ولا خلاف إذا ما تبين للقاضي اتجاه إرادة الأطراف صراحة أو ضمنا إلى تطبيق شريعة داخلية معينة من بين هذه الشرائع المتعددة داخل الدولة الواحدة، ولكن سلامة هذا الحل تثور في حال عدم الإشارة الصريحة والواضحة إلى الأحكام الموضوعية الواجبة التطبيق وعدم قدرة القاضي عن الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف المتعاقدين من خلال معطيات وملابسات التعاقد، قد ذهب جانب من الفقه إلى أن تعطيل ضابط إسناد الإرادة والرجوع إلى الضوابط الاحتياطية يؤدي إلى إهدار أثر الإرادة، ولهذا فقد رأى جانب من الفقه أنه (إذا أفضت إرادة المتعاقدين تطبيق قانون دولة معينة متعددة الشرائع، ولم تكن هناك إرادة صريحة أو ضمنية تعين الشريعة الداخلية واجبة التطبيق، فيجب القول بتفويض القانون الأجنبي لتعيين هذه الشريعة الداخلية).(الحداد، حفيفة السيد، ص 196).

3. ضابط الجنسية: يرى أتباع هذا الاتجاه أن ضابط الجنسية، يلزم بإعمال تفويض القانون الأجنبي المتعدد الشرائع ليحدد أي شريعة داخلية هي الواجبة التطبيق، وسندهم أن ضابط الجنسية يفتقد القدرة والكفاية الذاتية في تحديد القواعد الموضوعية عند تعدد الشرائع في الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته. الاتجاه الثاني: إنه في حال تعدد الشرائع داخل الدولة يجب إعمال قاعدة التفويض بغض النظر عن قاعدة أو ضابط الإسناد سواء أكان يتمتع بالقدرة الذاتية أم لا يتمتع في تحديد القواعد الموضوعية في الدولة التي تتعدد فيه الشرائع.(البغدادي، حسن، ص 2) .

موقف التشريعات العربية من التفويض:

أولاً: التشريع الأردني: لقد قام المشرع الأردني بمعالجة التفويض في نص المادة (27) من القانون المدني الأردني حيث نصت " إذا ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة إن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أية شريعة منها يجب تطبيقها " وبناء على هذه لقد أخذ المشرع الأردني بقاعدة التفويض، وإن إعمال هذا القاعدة قائم على تفويض القانون الداخلي للدولة التي تتعدد فيها الشرائع من أجل تحديد الشريعة الواجبة التطبيق لذاتها.(المصري، محمد وليد، ص 103) .

نطاق تطبيق التفويض في القانون الأردني:

لقد جاءت المادة(27) مطلقة في اشتمالها على جميع أنواع تعدد الشرائع إقليمياً أم قانونياً بالإضافة إلى أنها شملت جميع ضوابط الإسناد سواء الذي له كفاية ذاتية أم ليس له باستثناء وحيد عندما يكون ضابط الإسناد هو قانون الإرادة، أما في حال عدم وجود قواعد لحل التنازع الداخلي في دولة تتعدد فيه الشرائع فإن القاضي أمام خيارين: الأول

إذا كانت قاعدة الإسناد قائمة على ضابط إقليمي كان هو الضابط المعياري لتحديد الاختصاص التشريعي (حيث يعتبر قانون مكان إبرام التصرف هو القانون الواجب التطبيق).

إذا كان ضابط الإسناد هو القائم على قاعدة الإسناد، وكانت الدولة الواجب تطبيق قانونها تضم دويلات لكل منها قانونه الخاص، فإنه وجب تعيين الشريعة المختصة على أساس رعية الشخص أي على أساس انتمائه إلى أحد الدويلات المكونة للاتحاد، عندها يحدد الاختصاص الداخلي على أساس الموطن، وإذا تعذر التحديد يعينها القاضي حسب قانونه. (المصري، محمد وليد، ص 105).

موقف المشرع المصري من التفويض :

لقد كان للمشرع المصري دور مميز وفعال في عدم الدخول في الجدل الفقهي حيث نص صراحة في المادة (26) من القانون المدني على أنه (متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي شريعة من هذه الشرائع يجب تطبيقها).

لقد قام المشرع المصري بتفويض القانون المختص في تعيين الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق، ففي التفويض فإن القانون المختص لا يتخلى عن ولايته بحكم النزاع لقانون دولة أخرى، بل إن هذا القانون يركز اختصاصه في شريعة معينة من الشرائع الداخلية المتعددة التي يتضمنها، سندا لقواعد الإسناد الداخلية في هذا القانون.(الحداد، حفيظة السيد، ص 189).

نطاق تطبيق قاعدة التفويض :

لقد قام جانب من الفقه المصري بالتفريق بين صور التعدد الإقليمي والشخصي بقوله: إن وظيفة قاعدة الإسناد تنحصر في تعيين شريعة إقليمية أجنبية ولا شأن لها بتحديد الشريعة الشخصية الواجبة التطبيق، وهذه المسألة تتصل بصياغة قواعد الإسناد، واستقلال كل دولة بتعيين مضمونها.

أما القضاء المصري فلم يفرق ويميز بين تعدد الشرائع تعدداً إقليمياً وشخصياً، حيث أكد أنه إذا أشارت قواعد التنازع المصرية باختصاص قانون دولة أجنبية تتعدد فيه الشرائع تعين الرجوع إلى قواعد الإسناد الداخلية في هذا القانون لتحديد الشريعة المختصة، إلا أن هناك بعض الأحكام الصادرة قد اصطدمت مع صراحة نص المادة (26)، حيث رفضت إعمال قواعد الإسناد الداخلية لتحديد الشريعة المختصة مادامت العلاقة المطروحة تشتمل على عنصر أجنبي. (الحداد، حفيظة السيد، ص 191).

أما بالنسبة لضوابط الإسناد فقد اختلف الفقه حول مجال إعمال التفويض بالنسبة لضوابط الإسناد ففي مجال ضابط الجنسية لم يثير هذا الضابط أي أشكال حيث ذهب جانب من الفقه إلى انحصار إعمال قاعدة التفويض في ضابط الجنسية على عكس وخلاف ضابط الإرادة الذي لا يتم إعمال قاعدة التفويض في حال حدد الأطراف القانون الداخلي في الدولة التي تتعدد فيه الشرائع سواء أكان صريحاً أو ضمناً، ولكن يتم إعمال التفويض في حال لم تكن هناك إرادة صريحة أو ضمنية ولم يتمكن القاضي من تحديد إرادة المتعاقدين في تحديد القانون الداخلي في الدولة التي تتعدد فيها الشرائع على الرغم من وجود اتجاه يؤيد العمل ضمن ضوابط الإسناد الاحتياطية التي تؤدي إلى إهدار كل أثر للإرادة، أما بالنسبة للضوابط المكانية: فقد ثار خلاف فقهي شديد بين مؤيد ومعارض لإعمال هذه الضوابط في تعيين الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق والتي بدورها تؤدي إلى تعطيل إعمال قاعدة التفويض. (الحداد، حفيظة السيد، ص 196).

موقف المشرع اللبناني: لم يورد المشرع اللبناني، نصاً صريحاً كما فعل المشرع الأردني والمصري في حال أشارت قاعدة الإسناد اللبنانية إلى قانون دولة تعددت فيها الشرائع تعدداً شخصياً أو إقليمياً، إلا إن محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة المدنية الأولى انتهت إلى أنه من المبادئ العامة المقررة في القانون الدولي الخاص أن المحكمة الوطنية عندما تكون مدعوة إلى تطبيق قانون بلد جنسية شخص

فتجد نفسها أمام تعدد قوانين داخلية في ذلك البلد ناتج عن نظامها السياسي كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، تختار من بين هذه القوانين ما تفرضه قواعد تنازع القوانين المطبقة هناك بحيث تكون القاعدة المعتمدة من قبل القاضي الوطني لحل تنازع القوانين الداخلية في بلد أجنبي هي القاعدة المعمول بها في ذلك البلد أي القاعدة الأجنبية .

الحكم يشير إن قواعد الإسناد الداخلية في الدولة الأجنبية المتعددة الشرائع هي المعنية بتحديد القواعد الموضوعية من بين هذه الشرائع الداخلية وهذا الحكم لم يخلُ من القصور في إعطاء الحل في حال لم يتضمن القانون الأجنبي قواعد إسناد داخلية لتحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق وفي هذه الحالة يرى البعض على المشرع اللبناني أن يطبق الشريعة الغالبة في القانون الأجنبي التي تتعدد فيه الشرائع هذا في حالة التعدد الشخصي (1). أما في حالة التعدد الإقليمي يطبق قانون الموطن، على إن يكون الموطن المتخذ في وحدة إقليمية داخل الدولة الواجب تطبيق قانونها . (عبدالله، عز الدين، ص 419) .

وبناء عليه فإن المشرع اللبناني قد أخذ بما أخذ به المشرع الأردني والمصري من حيث أعمال التفويض من عدم إعماله . (الحداد، حفيظة السيد، ص 188) .

الحالات التي لا يطبق فيها التفويض:

في حال عدم وجود قواعد قانونية في القانون الأجنبي التي تتعدد فيه الشرائع قواعد إسناد خاصة بفض التنازع الداخلي، أو أن هذه القواعد الخاصة موجودة ولكنها عاجزة عن حسم النزاع، أو أشارت قاعدة التنازع الداخلي في القانون الأجنبي إلى موطن الشخص لتعيين الشريعة الواجبة التطبيق، وكان موطن هذا الشخص في دولة شخص أخرى، فإن إعمال قاعدة التفويض في هذا الفرض، والرجوع إلى قاعدة الإسناد الداخلية يؤدي إلى تطبيق قانون دولة أخرى وهو ما لا يجوز فمثل هذا التطبيق يتضمن

قبول الإحالة: وهو ما يتعارض مع التشريع الأردني والمصري واللبناني الرافضين للإحالة، ولقد حاولت هذه التشريعات سد النقص في تعدد الشرائع وخصوصاً في حالات التعدد الإقليمي التي اعتمدت على ضوابط الإسناد ذات الكفاية الذاتية في تحديد القواعد الموضوعية في الدولة التي تتعدد فيها الشرائع.

وبذلك يكون الباحث قد انتهى من الفصل الثاني بعد أن قام بتوضيح الاعتمادات المستندية وطبيعتها القانونية، وأن هذا الاختلاف كان السبب في اختلاف التكييفات القضائية ووفقاً للاتجاه السائد لذلك البلد وتوصل الباحث أنه يجب إخضاع التكييف وفقاً للقانون المختار في الالتزامات التعاقدية أما بالنسبة للإحالة فيجب الأخذ بها وفق ضوابط معينة ، وكذلك بالنسبة للتفويض يجب أن يكون خاضعاً في الالتزامات التعاقدية لإرادة الأطراف المتعاقدين، وهنا نخلص أنه في الالتزامات التعاقدية فإن أغلب القوانين إذا لم يكن معظمها قد أعطت المجال للأفراد لتنظيم شؤون عقدهم ولكن هذه الحرية هل هي مطلقة أم مقيدة فإن ذلك ما سيتم التوصل إليه من خلال الفصل الثالث من هذه الرسالة .

(1) القرار 121 تاريخ 1968/7/3، النشرة القضائية ، 1969 ، ص413ع

الفصل الثالث

تنازع القوانين في الاعتمادات المستندية وفق النظرية الشخصية.

الفصل الثالث

تنازع القوانين في الاعتمادات المستندية وفق النظرية الشخصية

يمارس عقد الاعتمادات المستندية، في إطار تعاقدى بين مؤسسة مالية تأخذ صفة المتعهد بدفع مبلغ الاعتماد للمستفيد وفق الشروط المتفق عليها في خطاب الاعتماد، ومستفيد يأخذ صفة البائع في الأغلب الأعم، ويخضع هذا النشاط للمبادئ العامة في قانون العقود، مع بعض الذاتية، التي يبدو من خلالها الخصوصية التي يتمتع بها هذا العقد، فالتحديد الواضح، والمؤكد للقانون واجب التطبيق على هذا النوع من العقود، يمثل أحد العناصر الجوهرية للأمان القانوني والمساهمة في تطور التجارة العالمية .

لقد تحدثنا في الفصل الثاني من هذه الدراسة عن منهجية وحل النزاعات الخاصة الدولية وخصوصاً في الالتزامات التعاقدية، حيث قامت كل دولة بوضع قواعد الإسناد في قانونها الداخلي لحسم المنازعات ذات العنصر الأجنبي إذ يقوم القاضي المعروض عليه النزاع بتطبيق هذه القواعد، مالم يكن ثمة معاهدة دولية ترتبط بها دولة القاضي، تتضمن قواعد لحسم النزاع في العلاقات القانونية والاقتصادية ذات العنصر الأجنبي، وهذه القواعد تختلف من دولة لأخرى باختلاف نوع النزاع المطروح أو طبيعة مضمونه الأمر المؤدي إلى تعدد عوامل أو ضوابط الإسناد التي يجري على أساسها تحديد القانون الواجب التطبيق عليها .

وعقود الاعتمادات المستندية التي تنشأ بين الأطراف قد يثار نزاع في هذا النوع من العلاقة الأمر الذي يتطلب أعمال البحث عن القانون الواجب التطبيق، هذا البحث يتطلب أعمال قواعد الإسناد لخضوع هذه العقود للقانون الدولي الخاص لوجود العنصر الأجنبي، فإنه في حال نشوء نزاع بين الأطراف المتعاقدين في عقود الاعتمادات المستندية الدولية، فإن الأمر يقتضي تحديد أي من القوانين المتنازع بينها على حكمها هو الواجب التطبيق،

فيرد تساؤل وهو: وفق أي منهجية يتم هذا التحديد هل نطبق قواعد الإسناد التقليدية على عقود الاعتمادات المستندية التي أصبحت لا تتواكب مع مقتضيات حل النزاعات الدولية أم إننا بحاجة إلى تطوير هذه القواعد لكي يلائم تطبيقها على هذه العقود، لذلك اقتضى هذا الفصل البحث في القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية من حيث النظرية الشخصية، وذلك من خلال البحث عن ماهية النظرية الشخصية ومدى حرية الأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق بالإضافة إلى البحث في تطور وتبدل وسائل حل النزاعات الخاصة الدولية .

فمنذ القرن الثالث عشر للميلاد سعى الفقه لتحديد القانون الواجب التطبيق في التصرفات العقدية المشوبة بعنصر أجنبي، فأخضعتها نظرية الأحوال الإيطالية بصورة مطلقة شكلا وموضوعا لقانون مكان إبرامها باعتبار أن أطراف العلاقة قد قبلوا ضمنا إخضاع علاقتهم التعاقدية لقانون مكان إبرامها ويفترض انصراف إرادتهم إلى إعطاء الاختصاص فيها لهذا القانون، لأنهم أبرموها في ظله. إلا أن هذه الاتجاه تغير بتأثير آراء (ديمولان) وبرز دور الإرادة في اختيار القانون الواجب تطبيقه في اختيار القانون الواجب التطبيق على التصرفات التعاقدية المشوبة بعنصر أجنبي، بحيث صار من حق أطراف العلاقة أن لا يتقيدوا بقانون محل إبرام العقد وأن يختاروا صراحة أي قانون آخر ليحكم علاقتهم التعاقدية، وفي حال سكوتهم يفترض أنهم قد اختاروا قانون محل إبرام عقدهم، هذا بالنسبة للجانب الموضوعي في العقد، أما من حيث الجانب الشكلي، فقد ظل خاضعا لقانون محل إبرامه. (الداوودي, غالب، ص 210) .

فبعد أن كان الاختصاص التشريعي في التصرفات التعاقدية شكلا وموضوعا وبصورة مطلقة ينعقد لقانون محل إبرام العقد، صار من حيث الموضوع يخضع للقانون المختار الذي اقترحه(ديمولان) مادام لا يضر بحقوق الغير ولا يمس سيادة الدولة ويتوافق مع مبدأ سلطان الإرادة، وقد تبنت تشريعات عديدة هذا المبدأ الجديد وتبعتها العديد من البلاد العربية مثل: الأردن , سوريا, العراق...الخ وقامت

المحاكم الفرنسية بتطبيقها

بشرط أن تكون ممارسة الأفراد لحريتهم في اختيار القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية في العقود المشوبة بعنصر أجنبي فقط (أي في العقود الدولية) حصراً دون العقود الوطنية البحتة التي يجب أن يحكمها القانون الوطني حصراً وليس في مقدور الأفراد نقل الاختصاص فيها إلى قانون أجنبي. (الهداوي والداوودي، غالب، ص50).

لقد أخضع الفقه الإيطالي القديم التصرف القانوني لبلد إبرامه، ثم تطور على أساس أن إرادة الأفراد اتجهت ضمناً إلى اختيار بلد الإبرام لحكم العقد وفقاً لقانونه، ثم طوره الفقيه الفرنسي (ديمولان) لقاعدة إخضاع العقد لقانون الإرادة، وبعده جاء الفقيه الألماني (سافني) وأخضع العقد لمكان تنفيذه، حيث يعمل على تحليل الروابط القانونية، من أجل تركيزها في مكان معين، هذا المكان تنتج فيه الرابطة آثارها أو معظم آثارها، ثم يخضع الرابطة للقانون السائد في هذا المكان، وقد قامت هذه النظرية على أساس فكرة الخضوع الاختياري، ولكن إسناد كل من (ديمولان) و(سافني) يكاد أن يكون إجبارياً بصرف النظر عن تبريره ورده إلى الإرادة الضمنية للأطراف، على اعتباره أنه تبرير أفلاطوني يتجرد من نتائجها كان الدافع وراء قيام الأستاذ البلجيكي بإعمال سلطان الإرادة لنتائجها المنطقية القائم على حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق، وبذلك يكون هذا المبدأ هو الحل. (الحداد، حفيفة السيد، ص411).

تتفق غالبية القوانين على إخضاع العقد ذي العنصر الأجنبي أساساً لقانون الإرادة، والتي ترجع هذه القاعدة في أصلها إلى فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة في ظل نظرية الأحوال. (الداوودي، غالب، ص 64).

حيث اخضعوا العقد في شكله وموضوعه لقانون بلد إبرامه، إلا أن التطور الذي حدث على هذه القاعدة أدى إلى إبقاء الشكل محكوما بقانون بلد الإبرام وخضوع العقد في موضوعه لقانون الإرادة. (عبد الكريم، ممدوح، ص 35) .

وقد علل بعض الفقهاء قاعدة خضوع العقد لقانون بلد الإبرام بفكرة الرضا الضمني لطرفي العقد لتطبيق هذا القانون .

إن قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة تقوم على مبدئين رئيسيين هما: كفاية الإرادة لإنشاء التصرف القانوني وقدرة الإرادة على تعيين آثار التصرف القانوني، هذا المبدأ الذي نما وراج في ظل المذاهب الفردية التي راجت وكان جل اهتمامهم منصب في مجال القانون نظرية القانون الطبيعي وفي مجال الاقتصاد، نظام الاقتصاد الحر وفي مجال العقود التجارية الحرة .

إلا أن هذا المبدأ وردت عليه العديد من القيود أسهمت في تعيين حدوده، وعلى الرغم من ذلك مازالت هي القاعدة التقليدية بل الأساسية في تعيين القانون الذي يحكم موضوع العقد ويأخذ الفقه والقضاء والتشريع في معظم دول العالم به. (الجواري، سلطان، ص 96).

إن معظم التشريعات المختلفة تخضع العقود في جانبه الموضوعي لما يسمى (بقانون الإرادة) حيث يكون للأطراف العقد الحرية في اختيار القانون الذي يحكمه. (عبد العال، عكاشة، ص 14).

وعليه فإن الإرادة لها دور واضح في تنازع القوانين، وتحديد القانون الواجب التطبيق على سند أن الإرادة قادرة على خلق الالتزام وتحمل آثاره باعتباره حلا وسطا بسبب ما يحققه من أهداف وغايات في تحقيق المصالح المتعارضة المتضاربة. (ممدوح، عبد الكريم، ص 161) .

إن حاجات التجارة الدولية، هي التي أبرزت وأقرت للأفراد اختيار القانون الواجب التطبيق على روابطهم التعاقدية، فبعد أن لقي هذا المبدأ قبولا في جميع الأنظمة، أدى إلى ترسيخ هذا المبدأ القبول فيها من حيث الموافقة بالسماح للأطراف المتعاقدين

في أن يخضعوا العقد إلى القانون الذي يناسبهم، ذلك التنازل من الدول بالسماح للأفراد باختيار القانون الذي يحكم عقدهم الدولي شجع على إبرام العقود الدولية (Mayerp531). حيث تم تغليب مصلحة الأفراد واعتباره المصلحة العليا عموماً. (R.H Graveson .p200) .

وعليه فإن قاعدة قانون الإرادة تسري على عقود الاعتمادات المستندية، حيث أعطى هذا المبدأ للأطراف المتعاقدين في الاعتمادات المستندية الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق، ولكن هذا الدور للإرادة في تعيين القانون الذي يحكم العقد، وما ترتب على ذلك من خلاف بوجهات النظر للدور الذي تقوم به الإرادة عند اختيارها للقانون الذي يحكم العقد، هذا الخلاف تمخض عنه ظهور نظريات مختلفة، ولكل منها رأيها الخاص فيما يتعلق بدور الإرادة ومفهوم كل منها للدور الخاص الذي تقوم به الإرادة عند اختيارها لقانون العقد، وقد تم تقسيم هذه الاتجاهات إلى معيار شخصي ومعيار موضوعي حيث سيتم في الفصل الثالث البحث عن دور الإرادة في تحديد القانون الواجب وفق النظرية الشخصية وفي الفصل الرابع سيتم مناقشة النظرية الموضوعية ودوره في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاعتمادات المستندية .

وبناء على ما تقدم فإننا سنقوم بتقسيم هذا الفصل إلى أربعة أقسام :

أولاً : ماهية ومضمون النظرية الشخصية ودورها في عقود الاعتمادات المستندية .

ثانياً : النتائج المترتبة على النظرية الشخصية وأثرها على استقرار المعاملات التجارية .

ثالثاً : مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في المنازعات المستندية.

رابعاً : النظرية الشخصية وتطور وتبدل منهجية حل النزاعات في الاعتماد المستندية الدولية .

أولاً : ماهية ومضمون النظرية الشخصية ودورها في عقود الاعتمادات المستندية.
منح الأطراف حق اختيار القانون الواجب التطبيق: يقرر أحد الفقهاء إن: "أفضل آداة لضمان اليقين القانوني الذي يتعين توافره في القانون، يكمن في منح الأطراف حق اختيار القانون الواجب التطبيق في حالة النزاع." (عشوش، أحمد عبد الحميد، ص 83) .

وعقد الاعتمادات المستندية كغيره من العقود الدولية يدخل في إطار القانون الدولي الخاص، وبالرغم من الخصوصية التي يتمتع بها، والتي لا تقوم على إخراجها من دائرة القواعد العامة في مجال العقود الدولية.

ولقد استقر الرأي لدى جانب من الفقه على خضوع عقود الاعتمادات المستندية لمبدأ قانون الإرادة، لذا تتيح القوانين المقارنة للأطراف حقاً في اختيار القانون الذي يحكم تلك الجوانب .

وقد قيل: إنه مادامت للأطراف الحرية في تنظيم الالتزامات التعاقدية مباشرة، بوضع شروط معينة داخل عقدهم؛ فهم يستطيعون كذلك القيام بطريقة غير مباشرة، باختيار القانون الواجب التطبيق على هذا العقد والذي سوف يتم عن طريقه تنظيم تلك الالتزامات. (J.M.JACQUET:p4) نقلاً عن (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص 199) .

فمن يملك الأكثر يملك الأقل، والمتعاقدون هم أحق من غيرهم في تقدير ما إذا كان قانوننا معيناً يصلح للتطبيق على عقدهم أو لا يصلح؛ حيث يسعى الفرد دائماً إلى تحقيق مصلحته، وتحقيق العدل بالنسبة لنفسه. (تناغو، سمير، ص 43) .

لقد استقر مبدأ قانون الإرادة وتقنيته في القضاء الفرنسي منذ 5 ديسمبر، 1910، من خلال الحكم الذي يعتبره البعض بمثابة دستور قانون الإرادة ومقننه، والذي قررت فيه المحكمة أن: "القانون واجب التطبيق على العقود، سواء من حيث تكوينها، أو من حيث آثارها، وشروطها،

هو ذلك القانون الذي يتبناه الأطراف... " (B.ANCEL, YLEQUETTE.p66) نقلا عن (السيد، عبد المنعم حافظ، ص 66) .

وبناء على ماسبق فإن معظم التشريعات العربية والأجنبية قد عملت بهذا المبدأ، بالإضافة إلى إقراره من قبل الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتنازع القوانين والتي يعتبر من أهمها: اتفاقية لاهاي لعام 1955 والخاصة بالقانون واجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية في المادة (الثانية - الفقرة الأولى) واتفاقية لاهاي المبرمة في 14 مارس والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة والتمثيل التجاري (المادة الخامسة - الفقرة الأولى)، واتفاقية روما المبرمة بين دول السوق الأوروبية المشتركة في 19 يونيو 1980، والتي دخلت حيز التنفيذ في الأول من إبريل عام 1991، والخاصة بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية (المادة الثالثة / الفقرة الأولى)، وكذلك اتفاقية لاهاي لعام 1986. والخاصة بالقانون واجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع، وذلك في (مادتها السابعة - الفقرة الأولى)، واتفاقية مكسيكو والمبرمة بين دول الاتحاد الأمريكي عام 1994 وذلك في المادة السابعة: حيث تقضي بأن: "العقد يخضع للقانون المختار من قبل الأطراف" من اتفاقية مكسيكو والمبرمة بين دول الاتحاد الأمريكي. (السيد، عبد المنعم حافظ، ص 66) .

كما أكدت المادة الثانية من قرار مجمع القانون الدولي - في دور انعقاده بمدينة Bale السويسرية عام 1991- " أن للأطراف الحرية في اختيار القانون واجب التطبيق على عقدهم...". Rev (pp.172) نقلا عن (السيد، عبد المنعم حافظ، ص 66) .

وعلى الرغم من استقرار مبدأ قانون الإرادة - على النحو السابق - وتقنينها في معظم التشريعات الوطنية منها والدولية؛ إلا أن كيفية اختياره ومدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في إطار عقد الاعتمادات المستندية قد يثير بعض الصعوبات نظرا لتعدد العلاقات التعاقدية، مما يتطلب ضبط وتحديد أكثر لمفهوم الإرادة،

وذلك حتى يتم إعمالها في إطار عقد الاعتمادات المستندية على وجهه الصحيح، يختلف مفهوم قانون الإرادة باختلاف النظرة إلى دور الإرادة، وهو ما ينعكس على كيفية تحديد قانون الإرادة. (المقدم، صلاح، ص65) .

إن إطلاق حرية الأفراد في أن يضعوا ما يشاءوا من شروط في عقودهم وما أرادوا، بحيث أصبح المقصود من اصطلاح سلطان الإرادة في المجال القانوني الداخلي هو اعتبار أن الإرادة مصدر ومعيار للحقوق الشخصية بوصفها الأداة التي أوجدت القانون، الأمر الذي يترتب عليه في المجال الداخلي عدة مبادئ مثل مبدأ حرية التعاقد، واحترام إرادة المتعاقدين عند تنفيذ العقد أو عند تحليله أو تفسيره. (ياقوت، محمد محمود، ص79) .

كما أن قيام الأفراد باختيار قانون معين ينتج عنه نظام يكون بموجبه حكم تنظيم العقد الدولي وفقا لهذا القانون الذي يصبح شرطا تعاقديا لحكم هذه العلاقة التي يستطيع الأطراف المتعاقدين أن يغيروا على هذا القانون كأنه شرط من الشروط التعاقدية، ويترتب بناء عليه فقدان صفته كقانون، أو قاعدة نظامية. (سلامه، أحمد عبد الكريم، ص347) .

لقد وجدت النظرية الشخصية مكانة في أفكار الكتاب الإنجليزي Dicey والقضاء الفرنسي التي أصدرت قرارا لها في حكم محكمة النقض الفرنسية في 24 نيسان (1940) جاء فيه (العقد الدولي يشكل القانون الوحيد للأطراف) . (Graveson.p205) .

هذه الحرية للأطراف في ممارسة إرادتهم؛ تكون من خلال تحديد هذا القانون الذي يرونه أكثر ملاءمة للعقد الدولي المبرم بينهم مع مراعاة النظام العام. (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص7) .

(1) وضعت هذه الاتفاقية لكي تحل محل اتفاقية لاهاي لعام 1955 ، ولكنها لم تدخل حيز التنفيذ، لعدم اكتمال

عدد الدول المصدقة عليها. 1994 راجع النص منشور في (Rev.Droit Uniforme 1994 -1995, pp.188 ets)

وفي العلاقات الخاصة الدولية؛ امتد العمل بمبدأ سلطان الإرادة إلى ميدان تلك العلاقات والاتفاقات ذات العنصر الأجنبي. (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص 156).

حيث يمثل هذا الاتجاه تطورا هاما في مجال العقود الدولية؛ اقتضتها ضرورات التوسع في العلاقات الاقتصادية عبر الدولية. (عبد الحفيظ، صفوات أحمد، ص 123).

وهذا المفهوم لمبدأ قانون الإرادة في إطار عقود الاعتمادات المستندية، يعني منح الإرادة الفردية للأطراف - في هذا العقد - إمكانية اختيار القانون واجب التطبيق على المنازعات التي من الممكن أن تنشأ بينهم في المستقبل .

تقوم هذه النظرية على إطلاق الحرية الفردية وتقديسه، والارتقاء بها فوق القانون، فالإرادة لديهم هي قانون الأطراف، وقد سعى أنصار النظرية الشخصية إلى الاعتماد على مطلق سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، وإن العقود الدولية بمنأى عن تنازع القوانين. (عبد المجيد، منير، ص 42).

وهذا الاحترام للإرادة العقدية يتطلب إعمالها دون قيد أو شرط؛ وفقا لمبدأ "حرية التعاقد" ومطلق سلطان الإرادة المنصوص عليها في المادة (1134) من التقنين المدني الفرنسي - والذي يرتفع بتلك الأخيرة فوق القانون، الذي يستمد قوته الملزمة من اتفاق الأطراف على اختيار أحكامها لتنظيم الرابطة العقدية. (ياقوت، محمد محمود، ص 22).

وعليه فإن الإرادة هي العنصر الحاسم في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاعتمادات المستندية .

إن فقه النظرية الشخصية تطور لدرجة أن للأطراف الحق إدماج القانون المختار في العقد ذاته، وإضفاء الطابع التعاقدى على هذا القانون، بل وتجريده من الطابع القاعدي الملزم. (B.AnceL Y.L) نقلا عن (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص 346).

وبالتالي فإن العقد يصبح فقط مجرد شرط أو بند، من بنود أخرى داخل العقد الدولي، وتعتبر هذه النظرية نظرية وفكرة الاندماج.(J.TROUSSET P.369) نقلا عن (السيد، عبد المنعم حافظ، ص66).

ونظرية الاندماج هي: " نظام بمقتضاه يصبح القانون المختار لحكم العقد الدولي، مجرد شرط وحكم تعاقدي، لا تكون له، إلا قوة وقيمة وشروط أو بنود العقد، بحيث يكون للأطراف أن يجرؤا عليه، ما يجرؤونه على باقي الشروط التعاقدية، ويفقد بالتالي صفته كقانون، أو قاعدة نظامية. (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص 347) .

وبناء على ماسبق فإن عقود الاعتمادات المستندية قد وجدت في هذه النظرية الغاية المنشودة في حل النزاعات الخاصة الدولية من خلال إعطاء الحرية للأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق الأمر الذي يتطلب البحث في النتائج المترتبة على هذه النظرية حتى نتمكن من معرفة آثارها على استقرار عقود الاعتمادات المستندية من خلال القسم التالي من هذا الفصل .

ثانيا :النتائج المترتبة على النظرية الشخصية وأثرها على استقرار المعاملات التجارية .

إن إخضاع القانون المختار في العقد يرتب العديد من النتائج التي تتباين بين النظرية الشخصية وغيرها من النظريات الأخرى، هذا الإخضاع إما أن يكون عن طريق الإحالة إلى ذلك القانون أو يكون عن طريق ترديد نصوصها في صلب العقد.(عبد المجيد، منير، ص230).

أولا: إن إخضاع القواعد القانونية في الشروط التعاقدية، يعطي للأطراف المتعاقدين الحرية باستبعاد أي تعديلات قد تطرأ على النظام القانوني الوطني المختار، حيث إن إرادة المتعاقدين قد انصرفت إلى دمج القواعد القانونية الموجودة والقائمة في القانون الوطني حينذاك، وتسمى هذه الفكرة

بتثبيت العلاقة العقدية أو تجميدها على نحو ما هو قائم وقت التعاقد. (سلامه, أحمد عبد الكريم, ص 346) .

وهذا أيضا يعني أن شرط التثبيت الزمني التي يستطيع الأفراد إدراجه في العقد، يخول الأفراد المتعاقدين إجراء أي تعديلات في شروط العقد في حال حدوث تغيير في الأنظمة والقوانين للقانون الوطني المختار التي اتفق الأطراف على الخضوع له.(عبد المجيد، منير، ص235) .

ثانيا: لقد أعطت النظرية الشخصية للأفراد حرية في استبعاد الأحكام الآمرة، انطلاقا من أن قانون الإرادة لا يطبق على العقد الدولي بوصفه قانونا، وإنما باعتبار أن قواعده قد أخضعت في العقد وأصبحت في حكم الشروط التعاقدية، وبالتالي فإن من حق المتعاقدين الاتفاق على أي شروط حتى لو كانت مخالفة لنصوص آمرة في القانون المختار.(صادق، هشام علي، ص 135) .

إمكانية استبعاد الأحكام التي تلغي عقودهم من قبل الأطراف، فقاعدة إلزامية يمكن أن تلغي شروط العقد يمكن أن يتم استبدالها بقاعدة من قانون آخر بفحوى مختلف يجيز هذا الشرط فالأطراف المتعاقدين يطبقون القواعد القانونية التي يعرفونها بإدخالها إلى حيز التنفيذ منذ لحظة إبرام العقد، مما يعني أن التغييرات التي تطرأ على القوانين لا تؤثر بشيء على العقد.(Mayer.p431) .

ثالثا: إن القانون المدمج في العقد وأصبح في حكم الشرط التعاقدية لا يخضع لرقابة محكمة التمييز بوصفها مسألة موضوعية، مالم يؤدي هذا التفسير الخاطئ إلى مسخ العقد ومسح القانون. (صادق، هشام علي، ص 235) .

رابعا: أحكام القانون المختار هي مجرد شروط تعاقدية تعامل معاملة الوقائع أمام القضاء الوطني، من حيث إثباتها، ومن حيث رقابتها من قبل المحكمة العليا وبناء عليه فإن القاضي لا يلزم في تطبيقها من تلقاء نفسه

وإنما يتوجب على المستفيد أو صاحب المصلحة التمسك به وإقامة البيئة على مضمونه فالقانون ينزل منزلة الشروط التعاقدية في عقود التجارة الدولية، ويأخذ حكمها بحيث يفقد طابع القانون بمعناه الدقيق، أي باعتباره صادرا عن المشرع. (عبد المجيد، منير، ص231).

خامساً: حرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على حكم المنازعة القانونية تتناقض مع مبدأ الإحالة التي تقوم على أن القانون المختار يرفض الاختصاص المعروض عليه، حيث إن قيام الأطراف المتعاقدين باختيار القانون الواجب التطبيق يتنافى في ذاته مع فكرة الإحالة التي تقوم من خلال آليتها أن اختصاص قانون الإرادة قد تم أساساً بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين وليس استناداً على مطلق مبدأ سلطان الإرادة. (صادق، هشام علي، ص138).

سادساً: لقد رأى جانب من الفقه أن قاعدة قانون الإرادة من قواعد القانون الدولي الخاص، وليست قاعدة إسناد؛ حيث يكون موضوعها اختيار القانون واجب التطبيق على العقد الدولي، وهذا الاختيار يعد في حقيقته عملاً قانونياً، وليس موضوعياً، يتمثل في تركيز العلاقة القانونية في مكان معين؛ ولذا فاختيار الأطراف للقانون لا يعد اختياراً مبنياً على قواعد تنازع القوانين .

(F.DEBY-GERARD P 231) نقلاً عن (السيد، حافظ عبد المنعم، ص75).

وعليه فإن قاعدة قانون الإرادة في القانون الدولي الخاص الموضوعي تتشابه مع قاعدة سلطان الإرادة في القانون الداخلي والتي تخضع لها العقود الداخلية، وهذا الاختيار للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، يكون فيه القاضي أو المحكم ملتزماً بعدم استبعاده؛ ولو بحجة عدم وجود رابطة موضوعية بين القانون المختار في اختيار هذا القانون، أو لانتهاء المصلحة المشروعة لأطراف العقد في اختيار هذا القانون أو حتى لمخالفته القواعد الآمرة النصوص عليها في قانون القاضي .

سابعاً: إن إعمال فقه النظرية الشخصية وما يترتب عليها من إدماج القانون المختار في العقد ذاته، وإضفاء الطابع التعاقدى عليه، إلا في حالة الاختيار الصريح للقانون الذي سيحكم عقود الاعتمادات المستندية الدولية؛ فالاندماج لا يكون إلا من عمل الأطراف، ومن ثم تملك إرادتهم وحدها الإفلات من سلطان القانون، وإنزال أحكامها منزلة الشروط التعاقدية أما في حال سكوت الأفراد أصحاب الرابطة التعاقدية عن اختيار القانون الواجب التطبيق تكون فكرة الاندماج غير ممكنة، أو غير متصورة. (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص 349) .

وعدم قبول فكرة الاندماج في تلك الحالة ترجع - كما يقول جانب من الفقهاء إلى: "اعتبار القاضي أمينا على تطبيق القانون، باعتباره كذلك ولا يكون سائغا له أن يدخل تعديلا أو تغييرا في طبيعة ذلك القانون بأن يحوله عن طبيعته القاعدية الملزمة إلى شرط اتفاقي، أو بند تعاقدي". (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص 349) .

بعد أن تم استعراض نتائج النظرية الشخصية، فإن الدارس في هذه النتائج يصل إلى أن النظرية الشخصية تحقق الاستقرار في عقود الاعتمادات المستندية من وجهة نظر هذه النظرية ولكن الباحث يرى بأن هذه النظرية لا تحقق استقرار المعاملات في عقود الاعتمادات المستندية لكثرة الغموض والقصور وهذا ما سيتم إثباته من خلال القسم الثالث من هذه الرسالة حيث سيتم التعرض لأهم الانتقادات التي وجهت إلى النظرية الشخصية .

أهم الانتقادات التي تعرضت لها النظرية الشخصية :

1. قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة، إذا طبقت على علاتها فإنها تؤدي إلى نتائج غير مقبولة، عندما يقضي هذا القانون ببطلان العقد الذي اختاره المتعاقدان ووضع العقد تحت حكمه سواء كان هذا البطلان كلياً أم جزئياً، إذ لا يعقل أن يختار المتعاقدان قانوناً يبطل عقدهما كلا أو جزءاً. (صادق، هشام علي، ص 16) .

2. التسليم بحرية المتعاقدين في اختيار القانون والذي يحكم العقد، يعني الاعتراف لهما بحل تنازع القوانين، مع أن هذه المسألة تعتبر من صميم عمل المشرع، لأنها عبارة عن عملية تحديد لنطاق سلطان القانون.

3. إذا كان قانون الإرادة هو الذي يحكم العقد ويمنحه القوة الملزمة، فما هو القانون الذي يحكم اتفاق المتعاقدين على اختيار هذا القانون؟ إن قيل: إنه القانون الذي اختاره المتعاقدان، فإن من شأن ذلك الوقوع في الحلقة المفرغة، حيث إن القانون المختار يستمد اختصاصه من سلطان الإرادة و قوتها الملزمة من هذا القانون المختار. وفضلا عن ذلك، فإن العقد لا يكون ملزما إلا بمقتضى قانون يضع جزاء على مخالفته فكيف يستقيم ذلك مع القول: بأن العقد هو الذي يحدد القانون الذي يحكمه، وإذا كان الأمر كذلك فمعنى هذا أن الاتفاق الذي يتم بموجبه تحديد القانون الذي يحكم العقد نفسه غير خاضع لقانون يحكمه .

إن مبدأ سلطان الإرادة ليس مطلقا، وانه لا يتحقق إلا في إطار القوة المشروعة للقوانين الملزمة التي تفرض على الإرادة قيودا سواء من حيث التصرف القانوني، أو من حيث الآثار المترتبة على هذا التصرف. (BROCHER 2.p 68) نقلا عن (عبد المجيد، منير، ص49) .

الإرادة لا تتدخل إلا في الحدود التي تسمح بها القوانين الآمرة وإذا كان لا يوجد في القانون الدولي قاعدة تؤكد التزام الإرادة بهذه الحدود، إلا أنه يجب على الأقل الاعتراف بأن هذه القاعدة كائنة في العرف الدولي مما يجب أن تنقيد الإرادة بظروف الحياة الاقتصادية والاجتماعية التي تنظمها القوانين المختلفة، كما لا يجوز الخلط بين مبدأ استقلال الإرادة وقدرة الإرادة في حد ذاتها على إنتاج آثارها، وإلا اعتبر ذلك تفسيراً خاطئاً لنظام القانون الدولي الخاص برمته، ولهذا لا يمكن ممارسة مبدأ سلطان الإرادة إلا في إطار المشروعية القانونية التي ترتبط بالمهمة للإرادة الفردية. (MARCEL CALEB p124et 253 :) نقلا عن (عبد المجيد، منير، ص51).

ولا يمكن اعتبار الحرية فكرة مطلقة أو مبدأ مستقلا، وانه لا توجد في إطار التصرف القانوني نظرية للقوانين الآمرة وأخرى للإرادة الحرة، بل توجد نظرية واحدة تتمثل في تنظيم الإرادة في حدود القانون (DREYFUS G: p.11, 12) نقلا عن (عبد المجيد، منير، ص51).

إعطاء الإرادة الأولوية في حل التنازع الخاص بالتصرفات القانونية، يعني ذلك تجاهل فكرة القانون في موضوع قانوني بحت، ويجعل الإرادة وحدها هي محور البحث، في حين أن الموضوع الأساسي، الذي يجب أن يكون محور الاهتمام وهو علاقة الإرادة بالقانون، أي موضوع تنظيم الإرادة. (MARCEL CALEB:p 353) نقلا عن (منير، عبد المجيد، ص51).

وكما لاحظ بلانيوم ورببير وأزمان أن القاضي والقانون يضعان الحل للمسألة وليست إرادة الخصوم، وانه تم الاعتداد بالإرادة في حد ذاتها وبطريقة مجردة، فإنها لا تعدو أن تكون سوى فكرة معنوية وخالية من أية قيمة قانونية، ولا يهتم الفقه إلا بالمظهر القانوني للأمر. (BATIFFOL,p8 et s) نقلا عن (منير، عبد المجيد، ص 51).

وحتى من الناحية الفلسفية فإنه لا يوجد فيلسوف واحد في تاريخ الفلسفة كلها باستثناء "نيتشه" ينادي بإطلاق الحرية لإرادة الإنسان، وهذا المذهب الوحيد في تاريخ الفلسفة لم يؤد مع ذلك إلى تحرير إرادة الإنسان بل أدى إلى تحطيمها وتدميرها، وتنادى كل من فلسفة العقد الاجتماعي "لجان جاك روسو" وفلسفة سلطان الإرادة لصاحبها "كانت" تقييد حرية الإرادة، ولا يقصد من ذلك الانتقاص من إرادة الإنسان، بل على العكس المحافظة عليها. (تناغو، سمير، ص 127، 128).

بالنسبة للإستناد في تأييد فكرة العقد دون قانون إلى نص المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي، فهو غير صحيح ذلك أن إرادة الأطراف عند التعبير عنها في عقد أو تصرف معين وإن كانت

ملزمة

إلا أنها لا تتماثل مع القانون من حيث الإلزام، وإذا كان المشرع الفرنسي قد شبه الإرادة بالقانون ومائل بينهما فهو تشبيه قاصر والأمر لا يخلو من كونه مجرد وسيلة للتعبير على نحو قاطع بأن الأطراف يلتزمون بموجب العقود التي أبرموها بحرية تامة .

كما أن المادة المشار إليها لا تنص بصورة مطلقة على أن الإرادة هي قانون الأطراف، ولكنها تنص على أن الاتفاقات المبرمة تعتبر قانون الأطراف، مما يدل على أن الاتفاقات لا يكون لها اثر ملزم بالنسبة لمن قاموا بإبرامها إلا إذا كانت مطابقة للقانون. فكيف يمكن أن يحكم على المدين بالوفاء إذا لم يسمح بذلك . (BATiffol p278) نقلا عن (منير، عبد المجيد، ص51) .

وينتقد بعض الفقه فكرة العقد دون قانون على أساس أنها تعطي للأطراف سلطة مطلقة بغير حدود وتعطي للمحكمن والقضاء كذلك سلطة لأتقبل الرقابة (Deby-Gerard .p 217) نقلا عن (منير، عبد المجيد، ص51) .

ولهذا فإن بعض الدول تفرض دائما احترام بعض القواعد الأمرة التي يستحيل التحرر ومنها العلاقات التجارية التي لايمكن للأطراف فيها أن يتخلصوا منها، وهذه المجالات تخص النظام العام والأسس الهامة لسياسة الاقتصاد الدولي، التي لا تترك مجالا حرا لإرادة الأطراف.(Schmittof p121). نقلا عن (منير، عبد المجيد، ص51) .

إن هذه الانتقادات التي وجهت للنظرية الشخصية في نطاق الخلاف الفقهي حول قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة والدور الذي تقوم به الإرادة يرجع في معظمها إلى عدم وجود نص صريح في قوانين بعض الدول على هذه القاعدة وخاصة في فرنسا إذا مازال الخلاف الفقهي والقضائي قائما فيهما بشأن هذه القاعدة وآيا كانت قيمة الانتقادات الموجهة، فإن ذلك لن يمنع من استمرار القاعدة في أكثر القوانين الوضعية، وأحكام القضاء في الدول التي يكون القضاء فيها مصدرا رسميا للقانون وخاصة في بلاد القانون العام. (الجواري، سلطان، ص99) .

إن ترك الحرية للأطراف بلا ضوابط، يؤدي إلى الإخلال بمبدأ المساواة في المراكز القانونية، ويعد مدعاة لتحكم الطرف القوي في الطرف الضعيف. (V.HEUZE ص 130) نقلا عن (منير، عبد المجيد، ص 24).

وعلى هدي ما تقدم، فإنه لا يمكن التجاوز عن استلزام وجود نظام قانوني يحكم العقد لذلك فإن الباحث سيقوم ببيان أثر النظرية الشخصية في ظل عقود الاعتمادات المستندية الدولية حتى يساهم ذلك بوضع الضوابط المناسبة لحكم هذه النظرية .

النظرية الشخصية المادية في ظل عقود الاعتمادات المستندية :

كما تحدثنا سابقاً فإن هذه النظرية قد تعرضت للكثير من الانتقادات لتجاوزها في إطلاق دور الإرادة حيث ذهب جانب من الفقه (Mayer) إلى أن مصدر الالتزام لا يمكن أن نجده إلا في القانون، والإرادة يجب أن تكون مقيدة بحدود ما يسمح لها القانون، وهذا القانون الذي يمنح المتعاقدين الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق يجب أن يكون موجودا وإلا سنتعرض لمشكلة الحلقة المفرغة، ذلك إن التسليم بقاعدة حرية المتعاقدين على اختيار القانون الذي يحكم العقد معناه التسليم لهما بمسالة حل تنازع القوانين وتعيين القانون الواجب التطبيق، وهذه المسالة يعالجها القانون وليس الأفراد، الأمر الذي يؤدي إلى خروجها من ميدان تنازع القوانين. (الهداوي، حسن، ص 18) .

إن إطلاق الحرية للأفراد في اختيار القانون الذي يحكم العقد يؤدي إلى نتائج غير مقبولة وذلك عندما يقضي قانون الإرادة ببطان العقد الذي وضعه المتعاقدان تحت سلطانه إذا لا يعقل أن يختار المتعاقدان قانونا يبطل عقدهما. (الهداوي، حسن، ص 19) .

ويرى جانب من الفقه أن النظرية الشخصية تؤدي إلى الطغيان على طبيعة القانون ووظيفته، فالقانون له طابع ملزم حتى في القواعد المكملة حيث انه لا خلاف في أن فكرة الاندماج تقوم على تجاهل حقيقة القانون الذي يختاره الأطراف لحكم العقد، ولا يصح القول:

بأن اندماج تلك القواعد يغير من طبيعتها وذلك لحاجة العقد إليها لتكمل النقص الموجود بها، وإذا كان القانون يكمل العقد، فإن ذلك يجب أن لا يؤدي إلى تقديم العقد أو رفعه فوق القانون، بحيث يفقد صفته القانونية وطبيعته العقدية. (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص 365).

وهو يؤدي بالتالي إلى عقد بلا قانون والذي يرفضه الفقه التقليدي، حيث إن أي عقد دولي مرتبط بالضرورة بقانون دولة معينة، وهو المبدأ الذي أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها سنة (1950) في قضية وكالات السفن البحرية حيث أزلت أي غموض حول هذا المبدأ عندما قررت بأن (كل عقد دولي هو بالضرورة مرتبط إلى قانون دولة). (Batiffol et Lagarede.p239) نقلا عن (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص 366).

منطق النظرية الشخصية يتناقض مع أساس القوة الملزمة للعقد وإتاحة فرصة للتحايل فمن غير المقبول من الناحية النفسية أن نوافق بين اعتبار أن الأطراف قد ارتبطوا بالعقد، واعتبار أنهم يردونا للتصل منه عند طلب احترامهم لأحكامه وفقا للقانون بادعائهم إن هذا الأخير قد اندمج في العقد وأضحى له قيمة البنود التعاقدية. (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص 366).

فالأصل في العقود الأمرة أن الأطراف لا تستطيع أن تتخلص منها، مما يتعين علينا إنكار تأسيس طابع الإلزام على قبول الأشخاص، فالإفراد يخضعون إلى القانون لا القانون يخضع إلى الأفراد. (Maye, p432).

كما أن منطق هذه النظرية يصطدم مع تزايد عدد القوانين التدخلية الحمائية، حيث حولت العقد من عملية انفاقية إلى عملية نظامية. (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص 367).

إن الاعتراف للإرادة الفردية بحرية مطلقة، والقول باندماج القانون المختار في عقد الاعتمادات المستندية، وفقاً لأفكار النظرية الشخصية لا يتناسب مع هذا العقد الأخير؛ لأن الوجهة من النظرية يمكن أن يؤدي إلى إهدار مصالح الأطراف على بعضها البعض ضعفاً في العقد، وتؤدي كذلك إلى إفلات العقد من سلطان القوانين الآمرة في القانون المختار .

لذلك فإن النظرية الشخصية ترخي بظلمها في بعض جوانبها السلبية على عقود الاعتمادات المستندية حيث إن قيام الأطراف بتحديد القانون الواجب التطبيق على الرابطة التعاقدية في الاعتمادات المستندية وفق مبادئها يؤدي إلى إفلاتها من دائرة التنازع وبالتالي تحررها من الخضوع لحكم القانون، وهو ما يعطي للمتعاقدين حرية واسعة في تنظيم علاقاتهم التعاقدية استناداً إلى مطلق الإرادة فإن هذه الحرية أعطت للأفراد الحرية بالاتفاق على مخالفة القواعد الآمرة في القانون المختار، وتنزل أحكام القانون المختار بمثابة شروط تعاقدية، أضف إلى أن المتعاقدين يستطيعوا اختيار قانون ليس له صلة بالعقد، وأن تفسير القانون لا يخضع للعقد ويحق لهم تجزئة العقد بإخضاعه لأكثر من قانون وغيرها من النتائج التي تم استعراضها سابقاً، وعقد الاعتماد المستندي بما أنه عقد مستقل عن عقد البيع الأصلي، فإن الأطراف يستطيعون الاتفاق أن يكون لكل عقد من العقود قانونه الخاص الذي يحكمه، إن عقود الاعتمادات المستندية تقوم على عدة مراحل ويستطيع الأفراد المتعاقدون أن يطبقوا في كل مرحلة قانوناً خاصاً يختلف عن الآخر؛ لأن كل مرحلة لها سماتها ومميزاتها الخاصة التي تختلف عن المراحل الأخرى رغم ارتباطها في الأصل ببعضها البعض.

وهذا ما سيتم البحث فيها في القانون الواجب التطبيق على الاعتمادات المستندية من خلال بيان مدى قدرة الأطراف المتعاقدين في عقود الاعتمادات المستندية على اختيار هذا القانون وكيف يتم ضبط هذه الحرية والحد منها من أجل تجاوز نقاط الغموض والنقص والقصور وذلك سيتم من خلال القسم الثالث من هذا الفصل .

ثالثا : مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في المنازعات المستندية .

إن تطبيق القانون الذي اختاره المتعاقدان سواء في النظرية الشخصية أم النظرية الموضوعية المطلقة: ليس مطلقا، وإنما تطبيقه يتم وفق ضوابط وإذا تحققت هذه الضوابط فإن تطبيق القانون المختار من قبل الإرادة في الأغلب الأعم سيتوقف ويتعرض للكثير من المشكلات القانونية، الأصل أن تطبق الدولة قانونها الوطني والاستثناء في الإرادة هي القانون الذي يختاره المتعاقدان والذي يعتبر أجنبيا عن القانون الوطني، ولهذا إذا زال الاستثناء لزم اللجوء إلى القاعدة وهي هنا الامتناع عن تطبيق القانون والبحث عن الحكم وفق قانون المحكمة التي تنظر النزاع .

إن عدم صلاحية القانون المختار للتطبيق لعدم تجانسه مع أحكام القانون الوطني وأن في تطبيقه مجافاة وعدم احترام للقانون الوطني أو مخالفة صارخة لأسس النظام الوطني ولا يمكن لدولة أن ترضى لنفسها أن تكون في هذا الموقف الحرج حتى يصبح أمر عدم تطبيق القانون المختار أولى وأجدر بالمحكمة من أمر تطبيقه، أضف إلى ذلك أن عدم وجود صلة بين القانون المختار والرابطة التعاقدية من أكثر الحالات التي يجب أن يتدخل فيه القاضي من أجل اختيار أفضل القوانين التي تتناسب مع الرابطة التعاقدية .

رابعاً: قيود ترد على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق:

وبناء على ذلك فإن مخالفة النظام العام ونظرية الغش نحو القانون ونظرية المصلحة الوطنية ونظرية عدم وجود رابط أو صلة قانونية بين القانون المختار والرابطة التعاقدية تؤدي إلى استبعاد القانون الأجنبي وتقرر عدم تطبيقه وتقرر تطبيق القانون الأجنبي أضف إلى ذلك تعذر الوصول إلى القانون الواجب التطبيق المختار .

وهذا ما سيتم البحث فيها من خلال بيان هذه الموانع أو الضوابط التي تقيد حرية الإرادة في اختيار القانون لحكم رابطتهم التعاقدية ، وحتى لو أن الأطراف المتعاقدين في عقود الاعتمادات المستندية اختاروا قانون معين لحكم رابطتهم التعاقدية فإنها محكومة بما يلي :

1. النظام العام والآداب

مبدأ النظام العام والآداب :

إن مبدأ النظام العام والآداب كان محل اتفاق في القانون الدولي الخاص فقها وقضاء وتشريعا في مدى تأثيرهما على تنازع القوانين، حيث يعتبر عدم تطبيق القانون المختار بسبب النظام العام والآداب متفقا عليه في كل دول العالم هذا القانون المختار الذي حددته قواعد الإسناد بضابط الإرادة: وسيتم في هذا السياق البحث تباعا :

1. تحديد مفهوم النظام العام والآداب .

2. النظام العام في العلاقات الدولية وفي العلاقات الداخلية .

3. بعض صفات مبدأ النظام العام في الحياة الدولية .

1. تحديد مفهوم النظام العام والآداب .

إن تحديد النظام العام قلما يحدده المشرع بنص جامد وإنما يترك أمر تحديد مفهومه إلى الفقه والقضاء والنظام العام مفهوم نسبي متطور متغير من زمان إلى زمان ومن مكان إلى آخر لتعلقه بصميم المصالح العليا للمجتمع، وحرية التعاقد وإجراء التصرفات القانونية... إلخ، إن النظام العام يدخل في كافة فروع القانون المختلفة وفي كل مبدأ من مبادئ القانون وكل شعور أو اعتقاد أو شعائر، وأن المبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية أو تركها للنشاط الخاص هي التي تحدد مدى اتساع أو ضيق مبدأ النظام العام والآداب. (عبدالكريم، ممدوح، ص196) .

تعريف النظام العام :

عرفه البعض بأنه: (الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون أو احترام أفكار دينية أساسية معينة أو عقائدية مذهبية اقتصادية كالاشرابية أو الرأسمالية أو نحوها من المذاهب والأفكار الاقتصادية كالعدالة الاجتماعية وتكافؤ الفرص وغير ذلك). (مسلم، أحمد، ص 203) .

وتم تعريفه بأنه: (مجموع المبادئ الأساسية العليا للنظام القانوني النافذ في الدولة والتي يقوم عليها نظام المجتمع سياسيا واقتصاديا ودينيا وقانونياً وأخلاقيا ويكون للدستور الدور الحاسم في تكوين النظام العام). (حافظ، عبدالكريم ممدوح، ص 331) .

ويلحق به الآداب العامة (وهي الأسس القويمة للسلوك الأخلاقي السائد في المجتمع، وأن الناس وجدوا أنهم بأنفسهم ملزمون بمراعاتها والتقييد بها ولا يسمح لأحد بالخروج عن هذا الطريق القويم، وهو وليد المعتقدات الدينية الموروثة والأعراف الأصلية المتأصلة في نفوس الناس، وإذا كانت الدولة إسلامية فإن الأخلاق والآداب تكون موسومة بالطابع الإسلامي الذي جاء رحمة للناس كافة). (حافظ، عبدالكريم ممدوح ، ص 331) .

وبهذا المعنى فالنظام العام يلعب دورا هاما وخطيرا في نظام تنازع القوانين، فهو كما شبهه بعض الفقهاء بمثابة صمام الأمان كما صوره الأستاذ الألماني (راب) بأنه مثل (المزلاج على الباب الخارجي الذي يغلق عند الضرورة). (فؤاد، ديب، ص 136) .

وعرفه بعض الكتاب الإنجليز بأنه المبدأ الذي يستلزم ترك تطبيق القانون الأجنبي، لأن في حالة تطبيقه على هذه الصورة يؤدي إلى انتهاك للسياسة العامة للقانون الإنجليزي .

وقد تم تعريفه أيضا: (ذلك الدفع الذي يراد به استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بشأن علاقة قانونية معينة، وإحلال القانون الوطني. محله نظرا لاختلاف الحكم الوارد في كل منها في هذا الصدد اختلافاً جوهرياً أو لعدم وجود التكافؤ القانوني بين التشريعين في هذا الشأن). (جادعبد الرحمن، جابر، ص 554-555) .

وقد أكد القانون الألماني في تعديله عام 1986، أن ما يخص النظام العام بالذات هو كل ما يخالف الأسس الجوهرية العليا الواردة أو المقررة في القانون الأساسي الألماني لعام 1949، أي الدستور واعتبر ضمانات التقاضي أمام المحاكم من ضمنها . (عبدالكريم، ممدوح، ص198).
وعليه فلا يجوز تطبيق أحكام قانون عينته الإرادة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في دولة قاضي النزاع. وبذلك فإن النظام العام يعتبر ضابطاً لحركة عبور القانون المختار إلى داخل دولة القاضي، وأن تدخله يؤدي إلى تعطيل نظام تنازع القوانين.(البستاني، سعيد، ص222) .

النظام العام في العلاقات الدولية وفي العلاقات الداخلية :

عندما يكون القانون المختار هو القانون الواجب التطبيق، على ضوء قاعدة الإسناد الذي تنص عليه قاعدة النزاع الوطنية، فإن ذلك التطبيق يكون محددًا بعدم التعارض الجوهري بين محتوى ذلك القانون وبين النظام القانوني لقاضي النزاع، فالقبول بتطبيق القانون المختار لا يقتضي أن يكون (قفزا في المجهول) وإنما في حدود قبول النظام القانوني لقاضي النزاع لذلك التطبيق، وذلك لا يتحقق عندما يصدر القانون الأجنبي بقاعدة أساسية يقوم عليها مجتمع قاضي النزاع، فالنظام العام الدولي، كما يلاحظ الأستاذ (راب) يجنب القفز في المجهول .(منصور، مصطفى منصور، ص759) .

ويميز بعض الفقهاء النظام العام الدولي عن النظام العام الداخلي من خلال أمرين :

الأول : النظام العام الدولي: يقصد به النظام المشترك بين كافة الأمم بما يشتمل في طياتها من قواعد يعترف بها من هذه الأمم وتعتبر من قواعد القانون الدولي العام .

الثاني : النظام العام الداخلي: فهو يتكون من مجموعة قواعد القانون الداخلي التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها. وبهذا التقسيم فإن الدفع بالنظام العام يقصد به الوسيلة القانونية التي يستبعد بها الاختصاص العادي المعقود للقانون الأجنبي عند تعارض أحكامها مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في بلد القاضي ويعتبر تحرك الدفع بالنظام العام في البلاد الأنجلو أمريكية أقل منه في غيرها بالنظر إلى ما تجري عليه من إسناد الأحوال الشخصية إلى قانون الموطن والذي في الغالب يكون قانون الموطن هو قانون القاضي، فضلا على أن " كثيرا من المسائل التي تدخل في مجال أعمال هذا الدفع في غير هذه البلاد يدخلها قضاء البلاد الأنجلو أمريكية في نطاق مسائل المرافعات، ومن ثم يخضعها لقانون القاضي كما أنه يدخل الدفع بالنظام العام في هذا النطاق " بحيث يكون رفضه للدعوى نتيجة لإعمال هذا الدفع محمولا على عدم ولايتها بنظرها دون الفصل في موضوعها. (عز الدين، عبدالله، ص 416) .

يرى الكثير من الشراح إن التفرقة في الاصطلاح بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي أو المطلق جاء من أجل التمييز بين النظام العام في دائرة الحالات القانونية الوطنية والنظام العام في نطاق الحالات القانونية ذات العنصر الأجنبي، على أن هذه التفرقة في الاصطلاح مصدر لبس في كثير من الأحيان.(كمال، محمد فهمي، ص 514) .

ويرى البعض إن النظام العام هو النظام العام فلا يوجد نظام عام دولي ولا نظام عام داخلي، إن النظام العام يستمد من معايير وطنية واحدة تعكس الأسس والمبادئ الأساسية العليا في المجتمع ويطبقه القاضي الوطني؛ لأن القول بوجود النظام العام الدولي معناه صدوره من سلطة عليا تعلق الدولة الواحدة وهذا أصلا غير وارد، لهذا يقال النظام العام في العلاقات الدولية أو في القانون الدولي الخاص أو في المعاملات ذات الصبغة الدولية. (الهداوي، حسن، ص 188) .

ولأن فكرة النظام العام واحدة في كل الأحوال، فالقواعد المتعلقة بالنظام قواعد مؤكدة الإلزام لمساسها بمصالح الدولة الحيوية، إن السماح بتطبيق القوانين الأجنبية في مادة التنازع يستتبع حتما أن تتكتم مقتضيات النظام العام في دائرة الحالات القانونية الأجنبية عنها في نطاق الحالات القانونية الوطنية، وهذا لا ينفى إمكان استبعاد القانون الأجنبي المختص بناء على مخالفته لقاعدة متعلقة بالنظام العام في قانون دولة القاضي. (كمال، محمد فهمي، ص 514).

إن للنظام العام الداخلي وظيفة أو دور كونه قيد وارد على حرية الأفراد في التقيد بالنصوص الآمرة وعدم السماح لهم بالاتفاق على خلافها وعلى طرفي نقيض مع تلك الأحكام، وتطبيق النظام العام الداخلي هو إبطال أي اتفاق أو تصرف جرى بصورة مخالفة لأحكام القانون وله مجال واسع ورحب يشتمل سعة أو ضيقا حسب المعايير والمفاهيم الفلسفية والاقتصادية والقانونية السائدة في المجتمع.

دور النظام العام في مجال تنازع القوانين :

يلعب النظام العام دورا هاما في مجال تنازع القوانين وذلك كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد باختصاصه، حيث تطورت فكرة النظام العام في مجال تنازع القوانين، فقد قرر الأستاذ "بارتول" إن الأحوال البغيضة لا تتعدى أثارها إقليم الدولة المصدرة لها، بعكس الأحوال الملائمة، والتي تصاحب الشخص أينما ذهب حتى لو كان قد غادر إقليم بلده. (اللافي، محمد مبروك، ص 78) .

وفي القرن التاسع عشر جاء "مانشيني" استخدم بدوره فكرة النظام العام كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي، وبعد أن وضع الأستاذ الإيطالي نظريته الشهيرة - شخصية القوانين - استثنى منها القوانين المتعلقة بالنظام العام مثل قوانين الملكية العقارية والمسؤولية التقصيرية،

وقرر " مانشيني " بأنها تطبق تطبيقاً إقليمياً لتعلقها بالنظام العام، ولا تطبق على الوطنيين الموجودين في الخارج . (اللافي, محمد مبروك، ص 78) .

ولعل أول من صور فكرة النظام العام على النحو المفهوم في الفقه المعاصر هو الفقيه الألماني "سافيني " وذلك في القرن التاسع عشر من خلال عرضه لفكرته في "الاشتراك القانوني " وتتلخص هذه الفكرة في أن قوانين الدول المسيحية المستمدة من القانون الروماني يتحقق فيما بينهما اشتراك قانوني، يجعل فكرة العدالة فيها واحدة، ورغم هذا للقاضي إن تبيين له عدم وجود اشتراك قانوني بين قانونه وبين القانون الأجنبي طبقاً لقاعدة الإسناد الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي، وتطبيق قانونه الوطني. (صادق, هشام علي، ص298) .

إن فكرة النظام العام تهدف إلى الحفاظ على المصالح الجوهرية للمجتمع، وهذا الهدف يسعى إلى تحقيقه سواء في مجال نطاق القانون الدولي الخاص أو في نطاق القانون الداخلي، وهذه الحقيقة لا تعني تطابق فكرة النظام العام في النطاقين، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن فكرة النظام العام تستخدم في مجال القانون الداخلي لضمان عدم الخروج الإرادي عن أحكام القواعد القانونية الآمرة، في الوقت الذي يستعان بها في مجال القانون الدولي الخاص لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد الوطنية باختصاصه .

وبناء على ما سبق فإن فكرة النظام العام هي أداة لاستبعاد القانون الأجنبي وتطبيق قانون القاضي محله بصفة استثنائية، وفي مجال القانون الداخلي تفقد فكرة النظام العام الطابع الاستثنائي، ومن الجدير بالذكر أنه يترتب على الطابع الاستثنائي لفكرة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص عن دورها في مجال القانون الداخلي نتيجة هامة تتمثل في أن نطاق أعمال فكرة النظام العام يضيق في مجال التنازع عنه بالنسبة للقانون الداخلي،

وبذلك لا تستلزم في جميع الأحوال مخالفة القانون الأجنبي لأحكام القواعد الآمرة في قانون القاضي
استبعاد أحكام هذا القانون باسم النظام العام. (اللافي، محمد مبروك، ص 80) .

شروط الدفع بالنظام العام :

أولاً: وجود قانون أجنبي واجب التطبيق وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية، فالنظام العام يأتي كأداة لاستبعاد
القانون الأجنبي الواجب التطبيق، فإذا كان القانون الأجنبي غير مختص فلا محل للتمسك بالنظام
العام، ولا يتصور إعمال الدفع بالنظام العام إذا كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني حتى
في حالة وجود تنازع قوانين داخلي وتستثنى من ذلك حالة الدول الفيدرالية التي تشكل الأسس التي
يقوم عليها النظام القانوني في كل وحدة مما يبرز إعمال فكرة النظام العام بمفهومها في القانون الدولي
الخاص. (اللافي، محمد مبروك، ص 81) .

ثانياً: إن توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام في دولة القاضي يستدعي الامتناع عن تطبيق أحكام
القانون الأجنبي .

اثر الدفع بالنظام العام

يترتب على إعمال الدفع بالنظام العام أثاران :

الأول سلبي: وهو استبعاد أحكام القانون الأجنبي المتعارضة مع النظام العام في دولة القاضي.
الثاني إيجابي: وهو في رأى الفقه الغالب ثبوت الاختصاص لقانون القاضي لسد الفراغ التشريعي
الناجم عن استبعاد القانون الأجنبي. (فؤاد رياض، وسامية راشد، ص 133) .

يشير الباحث هنا بصورة مقتضبه حول هذين الأثرين.

أولاً: الأثر السلبي: ففي هذا الفرض فإن القانون الأجنبي يبيح أمراً يحظره قانون القاضي؛ وإما أن يكون على النقيض من ذلك أمراً يبيحه قانون القاضي . (كمال، محمد فهمي، ص 516).

إن تطبيق النظام العام في هذا الفرض يرتب أثراً في منع تطبيق الأحكام الموضوعية للقانون الأجنبي الذي يختلف ومفاهيم النظام العام للبلد المراد تطبيق القانون فيه، والوقوف عند هذا الأثر والاكتفاء به يؤدي إلى عدم فض النزاع وفق القانون المختص، وعدم تعيين قانون آخر يحل محله يعتبر إنكاراً للعدالة لا يمكن قبوله، ولتحاشي هذه النتيجة يلزم فض النزاع وفق قانون يحل محل القانون المستبعد. (الهداوي، حسن، ص 190).

إن استبعاد أحكام القانون الأجنبي المختص بسبب الأثر السلبي للنظام العام إما أن يكون استبعاداً كلياً أو جزئياً، حيث يرى بعض الفقه الاستبعاد الكلي لإحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق، ولكن الفقه الغالب يرى أن الأثر السلبي لفكرة النظام العام ليس من شأنه استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق بناء على إشارة قاعدة الإسناد الوطنية وإنما ينحصر هذا الأثر في استبعاد الجزئية التي يتعارض فيها مع مفهوم هذه الفكرة في دولة القاضي ويتفق هذا الاتجاه مع الأعمال الطبيعية لفكرة النظام العام على النحو الذي رأيناه من قبل، حيث إن ما يصدّم بفكرة النظام العام عادة هو بعض أحكام القانون الأجنبي وليس القانون بجملة. (الفضلي، أحمد، ص 28) .

ولكن بعض التشريعات ومنها القضاء الألماني اتجه إلى البقاء في دائرة القانون الأجنبي والعمل على عدم الخروج عنه كلياً، إذ إن الاختصاص في الأصل للقانون الأجنبي، وعدم العمل بحكم القانون الأجنبي لم يكن إلا بسبب تعارضه مع قواعد النظام العام للبلد الذي يراد تطبيقه بأقل قدر ممكن عن طريق تحية القاعدة التي تتعارض مع فكرة النظام العام وتطبيق قاعدة تقاربها من قواعد القانون المستبعد نفسها،

وفي حالة خلو القانون المستبعد من قاعدة تقاربها يتولى القاضي تعديل القواعد المستبعدة بشكل يجعلها ملائمة للنظام العام للبلد الذي يراد تطبيق القانون الأجنبي فيه. (الهداوي، حسن ، ص190) .

وبناء على ماسبق فإن اختلاف الشراح في هذا الشأن بين استبعاد القانون الأجنبي عند تعارض أحكامه مع النظام الأم الوطني، و استبعاد جزء فقط منه يؤدي إلى مسخ القانون الأجنبي وتطبيقه بشكل يتعارض مع إرادة المشرع الأجنبي، علاوة على أن هذا التطبيق ينطوي على مخالفة لقاعدة الإسناد في دولة القاضي، والتي تهدف إلى تطبيق القانون الأجنبي كاملاً، ودون التمييز بين أحكامه. و الرأي الغالب وجوب استبعاد الجزء المخالف للنظام العام من القانون الأجنبي دون غيره ويرى أصحاب هذا الاتجاه إن هذا الحل أكثر اتفاقاً مع مفهوم الدفع بالنظام العام والغرض من إعماله، إلا أن هناك حالة قد يضطر فيها القاضي الوطني إلى استبعاد القانون الأجنبي بكامله، وهي الحالة التي يترتب فيها على هذا الاستبعاد فقد القانون الأجنبي لسبب وجوده أصلاً، وذلك كحالة العقد الذي يتضمن شرطاً غير مشروع، فإذا كان الشرط غير المشروع يمثل الباعث الحافز للعقد بحيث لا يمكن أن يوجد العقد بدونه تعين إبطال العقد بأسره. (اللافي، محمد مبروك، ص84).

وقد ثارت بعض الانتقادات على هذه الاتجاه على أساس أن الاستبعاد الجزئي يعقب الأثر السلبي المتمثل باستبعاد القانون الأجنبي وتعطيله أثر إيجابي .

ثانياً : إبدال قواعد القانون الأجنبي بقواعد أخرى تحكم النزاع وتصبح مختصة بدلاً من القانون السابق، فلأي قانون يعطى الاختصاص ؟

عندما يستبعد القاضي القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسألة ما، فإنه لابد من تثبيت الاختصاص لقانون آخر بدلاً منه لسد الفراغ التشريعي الناجم عن هذا الاستبعاد، وهذا هو الأثر الإيجابي للنظام العام .

يرى الفقه الغالب إن تطبيق قانون القاضي بدلاً من القانون الأجنبي في هذا المجال وقد خالف هذا الاتجاه الرأي بتطبيق نص من نصوص القانون المختص والتي لا تتعارض مع النظام العام في دولة القاضي. (صادق، هشام علي، ص326) .

وإنما يرى هذا الاتجاه إن وجود النص البديل يتماشى مع حكمة التشريع لأنه حاول قدر المستطاع إعمال القانون الذي تسير وفقه قواعد الإسناد، لكن في حالة عدم وجود النص البديل فلا مفر من تطبيق قانون القاضي؛ لأن استبعاد القانون المختص لتعارضه مع النظام العام لدولة القاضي، فحتى نضمن عدم وجود تعارض مع المبادئ الرئيسية والجوهرية لدولة القاضي فلا مناص من تطبيق قانون دولة القاضي وذلك إذا كان قانون القاضي ملائماً للمسألة المطروحة، وإلا فالأفضل الحكم في النزاع في ضوء القواعد المستقرة في القانون الطبيعي أو العدالة، كما يمكن تلطيف مفعول النظام العام عند التمسك بحق اكتسب خارج البلد، وميل الاتجاه الحديث إلى احترام الحق المكتسب في الخارج بمقتضى القانون الأجنبي المختص حسب ما هو مقرر في قواعد الإسناد الوطنية حتى لو كان القانون الوطني لا يسمح بإنشاء مثل هذا الحق لتعارضه مع النظام العام. (الفضلي، أحمد، ص50).

وبذلك يكون الباحث قد بين أثر النظام العام على حرية الأطراف المتعاقدين في عقود الاعتمادات المستندية، وتوصل إلى نتيجة أنه بالإمكان استبعاد الجزء المخالف للنظام العام وتطبيق القانون المختار باستثناء ذلك الجزء بما يحقق المصالح المتعارضة لكل الأطراف بما في ذلك الدولة التي أصبحت جزءاً من العقد من خلال وضع شروطه في تحديد القانون المختار .

ثانيا : التحايل على القانون :

التعريفات:

التحايل هو: (القصد إلى التهرب من تطبيق قاعدة أمره عن طريق تشكيل تصرف أو تصرفات قانونية بصورة تؤدي إلى أن يكون ظاهرا مطبقا للقانون مع استهدافها الغاية التي تخالف هذه القاعدة). (الشرقاوي، جميل، ص319) .

وعرفه (العلامة السنهوري)- رحمه الله بأنه " تواطؤ ما بين المتعاقدين على مخالفة قاعدة قانونية من النظام العام وإخفاء هذه المخالفة تحت ستار تصرف مشروع "(السنهوري، عبد الرزاق، ص35). وقد عرفه الفقيه الفرنسي "Luios Lucas": (إن التحايل على القانون هو استعمال طريقة مضبوطة في حد ذاتها تفسح لنا بمفردها الوصول إلى تحقيق نتيجة غير سليمة نبتغيها) (p3، Revue).

يتم التحايل على القانون عن طريق استبعاد الوصف القانوني لوضع أو عمل وإحلال وصف آخر مكانه يتفق بذاته مع النص الذي يحكمه إلا أنه يرمي إلى الاستفادة من هذا الوضع الجديد بالتضحية بنص مختص ليحل مكانه نص آخر من قانون الدولة نفسها، كما لو منع القانون بيع مال معين فيلتجئ الأفراد إلى وصف عقدهم المنصب على ذلك المال بالإيجار الطويل. (الهداوي، حسن، ص119).

التعريف في القانون الدولي الخاص :

عرفه البعض بأنه: (سلوك طريقة معينة يتوصل بها الأشخاص إلى تطبيق قانون أجنبي تخلصاً من تطبيق القانون الوطني). (حامد، مصطفى، ص360-361) .

وعرفه آخرون بأنه: (استعمال إرادي لقاعدة التنازع بالتلاعب في عنصر الأسناد من أجل التهرب من حكم أمر) . (Bernard Audit, N401 p.307) .

كما عرفه بأنه: (تغيير اختياري في ضابط الإسناد وذلك بغية تبديل القانون الواجب التطبيق على قانون آخر ويستثنى من ذلك ضوابط الإسناد التي لا يمكن تجاوزها والخارجة عن الإرادة). Dominique Holleaux. (p232).

إن القاضي عندما يرجع إلى قواعد القانون الدولي الخاص وبالتالي إلى قواعد الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق، وقد يكون هذا قانون القاضي أو قانونا أجنبيا. فإنه في هذه العملية يستخدم آلية تنازع القوانين للوصول للقانون الواجب التطبيق من خلال قواعد الإسناد التي تحدد القانون الواجب التطبيق فإنه يقدر اعتبار حاجة المعاملات الدولية، واعتبار العدالة، وموازنة مختلف المصالح المرتبطة بالعلاقة تحقيقا للمصالح العام. (عبدالله، عز الدين، ص 557).

فعندما يتحدد القانون الواجب التطبيق فإن أطراف النزاع أو أحدهم قد لأتحقق أحكام هذا القانون مصالحه الخاصة، فيبدأ بالبحث عن طريقة أخرى للتخلص من أحكام هذا القانون، وبالتالي قد يجد ضالته بالتحايل على قواعد الإسناد التي حددت القانون الواجب التطبيق، ذلك عن طريق تغيير ضابط الإسناد، وإذا لم يستطيع ذلك فقد يلجأ إلى تغيير الوصف المعطى للعلاقة القانونية مثل تحويل العقار إلى منقول. (الفضلي، أحمد محمود، ص 61).

وبناء على ماسبق فإن التحايل يتم من خلال قواعد الإسناد فإذا تدخلت إرادة الأفراد فإنها تستطيع تغيير هذا العنصر تغييرا يؤثر بشكل مباشر في القانون المسند إليه فيتغير تبعا لذلك، وإذا كان المشرع قد وهب الأفراد مكنة تغيير ضوابط الإسناد فإنه - دون شك - لم يفعل ذلك بهدف تسهيل تحايلهم على قواعد الإسناد، وإنما مراعاة منه لاعتبارات تيسير المعاملات الدولية وتحقيق العدالة. (ناصر، إلياس، ص 276).

إذن فالوسيلة التي يستخدمها الأفراد بهدف التهرب من القانون الواجب التطبيق وسيلة مشروعة بحد ذاتها، ولكن الهدف منها غير مشروع حيث إنهم يريدون تطبيق أحكام قانون غير مصالحهم الخاصة. (الفضلي، أحمد محمود، ص 64) .

تقدير فكرة التحايل على القانون الدولي الخاص:

اختلفت تسميات فكرة التحايل ما بين الغش نحو القانون أو الثورة على القانون أو الهروب من أحكام القانون. (وشاحي، عبد الحميد، ص 187) .

إلا أن بعض الفقهاء يرون أن عبارة الهروب من أحكام القانون تبدو غير سليمة ذلك أن التحايل يتم قبل الهروب من أحكام القانون الواجب التطبيق ولا يتحقق ذلك إلا بالتحايل على أحكام قواعد الإسناد التي تحدد هذا القانون، حيث أن التحايل يتم قبل التهرب وبالتالي فإن العبارتين لا تحملان المعنى نفسه، ونستخلص من ذلك أن عبارة التحايل على القانون هي الأدق والأصح والأوضح من غيرها، وفضلا من ذلك في مصطلح هذه الفكرة، فقد كان هناك خلاف يترتب عليه الاعتراف بوجودها أو إنكارها بشكل نهائي، فقد وجد لهذه الفكرة معارضون ينكرون أثرها في مجال القانون الدولي الخاص، وقد قدم هؤلاء المعارضون حججهم في ذلك لكنها لم تمنع أنصار هذه الفكرة من الرد عليهم بقوة على النحو التالي. (الفضلي، أحمد، ص 66).

حجج معارضي هذه النظرية :

إن الشخص الذي يقيم في بلد أو يتوطن فيه أو يتجنس بجنسيته ثم يجعل تصرفه وفق الشكل المقرر في تشريع هذا البلد أو يقوم بتصرف من التصرفات المباحة في القانون فإنه يستعمل حقا، ومن يستعمل حقا له لا يمكن أن يعتبر مخالفا لقانون وأنه لا يوجد ما يمنع الانتقال أو التجنس أو تغيير الموطن. (نصر الله ، ص 180 ، وايضاء. جابر، جاد عبد الرحمن، ص 582) .

إن التحقق من وجود التحايل على القانون يستلزم البحث عن نية فاعلها وبالتالي إثبات أن الغرض الأساسي الذي دفع الأفراد إلى هذا السلوك هو تحقيق مصلحة خاصة عن طريق تغيير ضابط الإسناد واستبعاد القانون المختص نتيجة لهذا التغيير، وتواجه هذا البحث عقبات صعبة؛ لأن النية مسألة داخلية وجدانية تستوجب معرفتها تحري ما في الضمائر، وهذا العمل إن لم يكن مستحيلا فهو صعب جدا وبالتالي قد يؤدي إلى تعسف القاضي في استعماله سلطته بالبحث عن النوايا. (الهداوي، حسن، ص198).

إن المشرع قد أخضع تصرف من تتحقق فيه ظروف معينة (جنسية، موطن... الخ) لاختصاص قانون معين وسمح له بالوقت ذاته أن يغير هذه الظروف وعليه فإن من يغير ظروف الإسناد بغية إخضاع تصرفه لقانون ما لم يكن تصرفه بحد ذاته جريمة وإنما يكون استعمالا لحق منحه القانون، ومادام القانون يعطيه هذا الحق فلم يبق ما يدعو لمؤاخذته على تصرفه بحجة الغش نحو القانون. (الهداوي، حسن، ص200).

حجج مؤيدي هذه النظرية:

1. إن ممارسة الحقوق يجب أن يكون في الظروف الطبيعية أما التعمد في خلق ظروف لتبرير هذه الأعمال من أجل الهروب من أحكام القانون المختص فإنه لا يمكن التسليم بجوازه وإلا فإننا نكون قد ساعدنا على استعمال قواعد الإسناد في غير موضعها الطبيعي وأعطينا للأغنياء الذين يستطيعون السفر إلى الخارج فرصة للإفلات من حكم القانون الواجب التطبيق دون الفقراء. (جاد، جابر عبد الرحمن، ص 583).

2. اعتبروا أن التحقق من الغش أمر صعب جدا إلا أنه ليس من المستحيل، وعلى القاضي أن يكون شديد الحذر في التقدير للكشف عن هذا القصد ولا يحتج بصعوبة معرفة القصد في الغش لعدم الأخذ بفكرة الغش نحو؛ القانون لأن الأخذ بالنية والبحث عنها قد سمح به في أمور كثيرة،

فسمح القانون للقاضي بالبحث عن النية التي دفعت إلى ارتكاب الجريمة في الأمور الجزائية في المسؤولية الجنائية وكذلك بالأخذ بالنية في المسائل المدنية، فنظرية السبب تقوم على أساس نيات المتعاقدين. (السنهوري، عبد الرزاق، ص 175).

3. الواقع إن القضاء في أغلب الدول لم يتعسف ولم يتحكم في تطبيق هذه الفكرة وإن معظم أحكامه نالت الاستحسان والتقدير. (حافظ، ممدوح عبد الكريم، ص 341).

4. إن نظرية التحايل على القانون ليس لها أساس صلب في المحيط الدولي؛ لأن القانون المستبعد لم يكن مطبقاً عند نشوء العلاقة، ولهذا لا يمكن أن يكون تحايلاً على قانون الجنسية، مثلاً: إذا كان المشرع يأمر بتطبيق هذه النصوص ولا يقبل استبعادها أو إبدالها عن طريق تغيير المحل من دولة إلى أخرى. (نصرالله، مرتضي، ص 108).

إن هذه النظرية كان لها أثر واضح على حرية الأطراف في عقود الاعتمادات المستندية في اختيار القانون الواجب التطبيق، مما تطلب من الباحث دراسة هذه الآثار من خلال بيان أثر الغش في الحد من حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق.

أثر الغش على القانون في مجال التصرفات القانونية:

يعتبر تحديد القانون الواجب التطبيق في العقد الدولي من أصعب المشاكل في القانون الدولي الخاص، ذلك إن للإرادة دور مهم في هذا المجال حيث يحكم العقد الدولي من حيث الموضوع نظريتان هما:-
النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، لذلك سيقوم الباحث ببيان دور الغش نحو القانون في ظل النظرية الشخصية.

نظرية الغش نحو القانون في ظل النظرية الشخصية :

يرى أنصار النظرية الشخصية أن القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي هو القانون الذي يتفق الأطراف على اختياره، سواء أكان هذا الاتفاق صراحة أم ضمناً، وإذا كانت صعوبة في استخلاص إرادتهم الضمنية فعلى القاضي أن يطبق قانون الدولة التي يرتبط بها العقد ارتباطاً وثيقاً، وهناك جانب آخر من أنصار هذه النظرية وهم الذين يسعون في حرية اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق حتى لو لم تكن بين العقد وذلك القانون أية صلة . (Bernard Audit .p372) .

ولاشك أن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي يكون لتحقيق الضمان في المستقبل حتى يكون كل من الأطراف على بينة ودراية من الأمر عن طريق تنسيب العقد إلى نظام قانوني معين .(يونس، باسم سعيد، ص 113) .

لكن الأخذ بهذه النظرية يفتح باب التحايل على القانون على مصراعيه، حيث أن القانون الذي اختاره الأطراف قد يكون في قواعده الآمرة ما يخالف شروط العقد، وبالتالي فإن الأطراف في هذه الحالة متجاوزون على حكم القواعد الآمرة، ويمكن أن يحدث ذلك غالباً عند اختيار الأطراف لقانون ليس له أي ارتباط بالعقد، مما يؤدي إلى أن يصبح العقد دون قانون يحكمه لعدم جواز مخالفة القواعد من قبل الأطراف . (Bernard Audit . p373) .

لهذا نادى بعض الفقهاء بإطلاق إرادة الأطراف دون قيد، وقد قرروا أن على القاضي استبعاد القانون الأجنبي الذي اختاره الأطراف لحكم العقد في حالة تعارضت مع مقتضيات النظام العام ولكن إذا كان قصد الأطراف تجنب قاعدة آمرة في القانون الذي يعود له الاختصاص فإنهم يكونون قد تحايلوا على هذا القانون رغم استناد النظرية الشخصية إلى مبدأ عام هو أن القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي هو القانون التي تختاره إرادة الأطراف . (الفضلي، أحمد محمود، ص 156) .

الجزء المترتب على التحايل على القانون الدولي الخاص :

اعتبر البعض أن قصد التحايل على القانون يكون باطلا لعدم مشروعية الباعث إلى إنشائه، وقد شبه التحايل على القانون بانتهاك القانون مما يؤدي إلى أن يكون جزاء التحايل من خلال تطبيق القواعد القانونية التي قصد المحتال الإفلات من حكمها واعتبار تصرفه باطلا نتيجة لمخالفة القانون.(العبيدي، هادي، ص 245) .

اختلفت الآراء حول الجزاء المترتب على التحايل أو الغش نحو القانون ما بين مطالب بالبطلان من نوع خاص حيث يقول الفقيه الفرنسي Vidal: "إن جزاء التصرف التحايلي هو البطلان، ولكنه بطلان من نوع خاص إذ يكفي الحكم على التصرف بعدم الفاعلية" (Jose Vidal . p339).
أو هو عدم نفاذ النتيجة التي قصد الحصول عليها عن طريق الغش فإذا قصد بالتجنس مثلا الحصول على الطلاق خلافا لأحكام قانون القاضي لا يعتبر الطلاق غير نافذ في حكم ذلك القانون. (كمال، محمد فهمي، ص 256) .

إذن فجزاء التحايل على القانون في القانون الدولي الخاص هو استبعاد أحكام القانون التي قصد المتحايل تطبيقها للوصول إلى مصالحه الخاصة، وإرجاع الاختصاص للقانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، لكن إرجاع الاختصاص إلى هذا القانون المختص يضع علامة استفهام تتعلق بحدود الاختصاص المرتد إلى هذا القانون، فيعتبر هذا الاختصاص شاملا لكل ما يتعلق بالمنازعات التي تدور حول المركز القانوني للقائم بالتحايل بما فيها المنازعات التي يمكن أن تستجد مستقبلا أو أنه اختصاص محدود بحدود المنازعة التي تم التحايل بشأنها. (الفضلي، أحمد محمود، ص 167) .

ويرى فريق آخر إن جزاء التحايل على القانون في القانون الدولي الخاص يكون مجرد أثر حلولي أو استبدالي، وتكون النتيجة لهذا الأثر هو استبعاد القانون الذي انتقل إليه الاختصاص بنية التحايل وتطبيق أحكام القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد،

وذلك ضمن حدود النزاع الذي وقع التحايل بمناسبته، أما خارج هذه الحدود فإنه يتعين إعمال ضابط الإسناد الجديد مادام أن هذا الضابط لن يؤدي إلى تحقيق النتيجة التي سعى إليها المتحايل المتمثلة بتطبيق غير القانون المختص. (صادق، هشام علي، ص170) .

وبذلك يكون الباحث انتهى من بيان التحايل على الغش وبيان أثره على إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق وبيان الجزاء المترتب على هذا التحايل .

الدفع بعدم وجود صلة بين القانون الواجب التطبيق (المختار) وبين الرابطة التعاقدية :

إنه طبقا للمفهوم الشخص، تعني فكرة القانون المناسب ذلك القانون الذي يلائم ظروف أطراف العلاقة. (Batiffol p.1) نقلا عن (بهنسي، محمد حمدي، 118) .

وهو ما لم يعد مأخوذاً به، إذ إنه يستند إلى المفاهيم الشخصية للعقد، خصوصا نظرية اندماج القانون في العقد التي لم يأخذ بها القانون الوضعي. (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص 156) .

أما في المفهوم الموضوعي، فإن القانون المناسب يعني القانون الأفضل لتنظيم العلاقة القانونية محل النزاع، ويسعى أطراف العلاقة القانونية إلى تحديد قانون مناسب لحكم هذه العلاقة. حيث تقضي المادة (1496) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بصدد التحكيم الدولي بأنه يفصل المحكم في النزاع طبقا لقواعد القانون التي اختارها الأطراف، وإلا فطبقا للقواعد التي يقرر ملامتها " . (Batiffol p.1) نقلا عن (بهنسي، محمد حمدي، ص118) .

إن قيام الإرادة باختيار قانون معين ليس له أي علاقة أو صلة قد يعالج الأضرار الناجمة عن قواعد الإسناد الموضوعي، لتحديد قانون أكثر ملائمة من ذلك الناجم عن الإسناد الموضوعي، وبالتالي فإن الإرادة تعد بمثابة أداة لتصحيح قاعدة التنازع، كما أنها قد تقدم علاجاً شافياً للجمود السائد بين أنظمة

تنازع القوانين،

من خلال إيجاد العلاقات الوثيقة بين هذه الأنظمة، الأمر الذي يتوجب عليه صياغة قواعد تنازع أكثر كفاية وقدرة على حل أكبر قدر من المشكلات، تعطى الإرادة دورا لتقويم جمود الإسناد وعلاج انغلاق الأنظمة القانونية. (بهنسي، محمد حمدي، ص 119) .

إن الجمود الذي يكتنف قواعد التنازع الذي جاء نتيجة الغموض والصفة الآلية، أدى إلى تواتر الانتقادات التي وجهت لقواعد التنازع، مما دفع بعض الفقهاء إلى تطوير مبدأ الملائمة، حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه يجب أن يؤخذ في الاعتبار التوقع المشروع. (V.assilakakis p299) نقلا عن (بهنسي، محمد حمدي، ص 119) .

وقد تبنى ذلك المبدأ المشرع السويسري في المادة (14) من القانون الدولي الخاص في شكل المخالفة الاستثنائية للأعمال العادية لقاعدة التنازع بموجب الشرط الاستثنائي، إذ يكون للقاضي تطبيق هذا الشرط عند الضرورة، ومن ثم يلعب دورا بارزا في تقديم جمود أنظمة الإسناد .

بالإضافة إلى أن الاختيار يعمل على تخفيف الانتقادات الموجهة لقاعدة التنازع، إذ يسمح بتقويم واسع النطاق لجمود قاعدة التنازع وجعلها أكثر مرونة، كما تقوم الإرادة بدور هام إذا تعددت أنظمة الإسناد، إذ تلعب دورا موزعا وكذلك عندما تكون هذه الأنظمة متكافئة القوة تقوم الإرادة بتحديد احدهما لحسم التنازع فيما بينها، حيث يكمن دور الإرادة في توزيع الاختصاص بين ضابطي إسناد متعادلي القوة، إذا تحدد القانون الذي يرتبط بالعلاقة المعنية بروابط موضوعية هامة وهو التجديد الذي نعنيه لقاعدة التنازع، والذي يستند على اعتبارات نفسية أو اجتماعية. (Gaudement –Tallon p 81) نقلا عن (بهنسي، محمد حمدي، ص 120) .

بعض الفقهاء اشترط عدم وجود صلة بين القانون المختار والعقد، ذلك أن قواعد القانون الدولي الخاص وجدت من توفير الحماية للمصالح الفردية دون العمل على التدخل باختيار القانون الواجب التطبيق الذي يؤدي إلى الحد من تلك الحريات وهذا على عكس قواعد القانون الداخلي التي تتمتع به الإرادة بحرية واسعة في إطار القانون الدولي الخاص من خلال القدرة على اختيار قانون ليس له صلة بالعقد ، ولا يستطيع القاضي أو المحكم تغيير هذا الاختيار بدعوى عدم وجود صلة بينه وبين العقد حيث يجب الحفاظ على اختيارات الأطراف المتعاقدين وعدم التضحية بها. (J.CH.POMMIER. نقلا عن حزبون، جورج حزبون، ص235-ص245) .

ويستند أصحاب هذا الاتجاه إلى ما جاءت به اتفاقية روما 1980؛ من إعطاء الأطراف حرية مطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق، ولقد أيد البعض هذا الاتجاه باعتبار الحرية من أهم الخصائص المميزة لنظام القانون الواجب التطبيق، الذي أقرته الاتفاقية؛ حيث يستطيع الأطراف اختيار القانون الذي يحكم العقد، أيا كان هذا القانون، بل من الواجب السماح لهم باختيار قانون محايد ليس له صلة لا بالعقد ولا بالأطراف أنفسهم دون التزامهم بتبرير هذا الاختيار فقط - عليهم عدم المساس بالقواعد الآمرة في القانون المختار. (السيد، عبد المنعم حافظ ، ص 66).

ولقد جاءت بعض النصوص في التشريعات العربية والاجنبية والاتفاقيات الدولية بمثل هذا التوجه ومنها القانون الدولي الخاص التونسي في نص المادة (62) لعام (1988)، وهذا ما أكدته اتفاقية روما لسنة (1988) التي بعدما أعطت الحرية للأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق لحكم رابطتهم التعاقدية عادت وقيدت هذا الاختيار بعدم المساس بالنصوص الآمرة في القانون الأجنبي المختار، وهذا الأمر لا يقوم على القانون الذي له صلة بالعقد،

وإنما إعمالاً للقواعد الآمرة المنصوص عليها في المادة السابعة من أحكام الاتفاقية (B.AUDI ص 630) نقلاً عن (السيد، عبدالمنعم حافظ، ص75).

ولقد أيد القانون البولندي لعام 1965 في المادة (1/25) والتي تقضي بأنه: "1- فيما يتعلق بالالتزامات التعاقدية، يستطيع الأطراف إخضاع العلاقة القانونية للقانون الذي يختارونه، بشرط أن توجد بينه وبين العلاقة صلة، وأيضا القانون البرتغالي لعام 1966 في المادة (2/41) والقانون الإسباني . إلا أن جانب معارض من الفقه عارض الاتجاه السابق حيث يرى أنه يحق للأفراد اختيار القانون الذي يحكم علاقتهما التعاقدية، ولكن شريطة وجود صلة بين القانون المختار والرابطة التعاقدية وعليه فإذا كان للأفراد حرية في اختيار القانون الذي يحكم عقود الاعتمادات المستندية فإن الفقه الغالب يشترط ألا يكون هذا القانون منبث الصلة بالعقد، ولا يشترط هذا الفقه تحقق الصلة عن طريق أحد عناصر العلاقة كجنسية أطراف العلاقة أو محل الإبرام أو التنفيذ أو موقع المال، بل يكفي أن تأتي هذه الصلة من حاجات المعاملات والتجارة الدولية " إذا أن كثيرا ما يحدث في ميدان التجارة الدولية أن يستقر عقد خاضع لقانون دولة معينة ويصير نموذجيا لتجارة معينة كالقطن أو الصوف أو الحبوب، ويجوز للمتعاقدين أن يبرما عقدهما وفقا لشروط العقد بالرغم من عدم وجود صلة بين هذا القانون وعناصر العقد." (رياض، راشد ص387، صادق، هشام علي، ص66).

وعلى الرغم من ذلك فإذا تبين للقاضي أن القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين يبتعد عن مركز الثقل الفعلي في العلاقة العقدية فقد أصبح من حقه - بل من واجبه أن يصحح هذا الاختيار ويطبق القانون الأوثق صلة بالعلاقة والذي تجاهله الأطراف، فالقاضي عندما ينظر إلى النزاع المعروض ويرى عدم وجود صلة بين القانون المختار والعقد فإنه لا يستطيع إلا أن يقوم برد القانون الواجب التطبيق إلى القانون الأكثر صلة وارتباط بموضوع العقد وخصوصاً

إذا ما تبين للقاضي أن القصد من وراء هذا الاختيار للقانون الواجب التطبيق إنما الإفلات من الأحكام الآمرة في قانون آخر يرتبط بالعقد، كما أن هذه الاتجاه لا يتطلب وجود أو إثبات العنصر المعنوي ذلك أن اختيار قانون لا يبيت للعقد صلة قد يكشف عن قصد المتعاقدين في الإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين التي ترتبط بالعقد على الرغم من وجود اتجاه يرى بأنه يجب أن لا يحدث الخلط بين فكرة عدم الاعتداد بقانون الإرادة فيما لو انعدمت الصلة بينه وبين العقد من جهة، وبين أعمال نظرية الغش نحو القانون من جهة أخرى.

يرى البعض أن نظرية الغش نحو القانون لها دورها حتى في الفروض التي يكون المتعاقدين قد اختاروا فيها قانون يرتبط بالعقد المبرم بينهم، وذلك فيما لو تبين للقاضي أنهم لم يسعوا لاختيار هذا القانون إلا للتهرب من الأحكام الآمرة في قانون آخر يرتبط بدوره بالعقد محل النزاع إضافة إلى ذلك أن المتعاقدين قد يلجؤوا إلى إيجاد صلة مصطنعة بين العقد وبين القانون الذي تم اختيارهم له بحكم العلاقة التعاقدية .

وعليه فإن على القاضي في حال اختار المتعاقدان قانون لا يرتبط بالعقد الدولي المبرم بينهما فعلى القاضي أن يغفل إرادتهما ويحكم في النزاع بينهما على نحو ما كان يفعل فيما لو كانوا قد سكتوا تماما عن اختيار القانون الواجب التطبيق؛ أي أنه يتصدى بنفسه لتركيز العقد وإسناده على هذا النحو للقانون الأوثق صلة، ما لم يكن المشرع قد تصدى بنفسه لتركيز العقد تركيزا موضوعيا مسبقا بمقتضى ضوابط الإسناد الاحتياطية .

وبناء على ماسبق فإنه إذا كان من الواجب وجود صلة أو رابطة بين القانون المختار وعقود الاعتمادات المستندية، فيجب عدم المغالاة في استلزام مواصفات محددة في هذه الصلة؛ حيث تعد هذه المسألة نظرية بحثه،

فالعالب أن العقد يكون له صلة بالدولة التي ينتمي إليها القانون المختار، فالمتمأمل في الأحكام القضائية يدرك أنها لم تغفل القانون المختار من قبل المتعاقدين، إلا أنه إذا كان مخالفاً للنظام العام، أو قصد به الأطراف الغش نحو القانون، والتهرب من أحكام القانون الذي كان من الواجب أن يخضع له العقد، لا تحقق معظم الآثار القانونية داخل المتهرب من أحكامه، أو لان القانون المختار يتعذر إعماله، كان يختار الأطراف في عقود الاعتمادات المستندية، قانون دولة موقع البضاعة، وتكون تلك البضاعة موجودة على ظهر سفينة أو موجودة في أعالي البحار، أو في المياه الإقليمية غير التابعة لأية دولة فهنا يصعب تحديد الدولة التي ينتمي إليه القانون المختار. (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص193).

لذلك فإن جانباً من الفقه يرى: إن هذه المسألة لا يجب أن تبعث على القلق مطلقاً، حيث الدفع بالغش، والدفع بالنظام العام، وتعدد قوانين البوليس في دولة القاضي، وإمكانية تطبيقها؛ كلها متطلبات واعتبارات تقيد من إطلاق حرية الأطراف في اختيار قانون ليس له صلة بالعقد. (صادق، هشام علي، ص 662) .

وبذلك يكون الباحث قد أنهى الحديث عن موانع الإرادة التي عملت على ضبط إرادة المتعاقدين وعدم إطلاق العنان لهم، من أجل استغلالها في تحقيق مصالحهم على حساب المصلحة العليا وكان لذلك أثره في التشريعات التي سيتم بيان مواقفها من خلال قوانين بين مطلقاً للعنان وضابطها لها .

موقف بعض التشريعات من النظرية الشخصية:

موقف المشرع الأردني :

لقد اعتد المشرع الأردني بالإرادة الصريحة كضابط للإسناد في الالتزامات التعاقدية وذلك حسبما نصت المادة (1/20) من القانون المدني الأردني، حيث إن للإرادة اختيار القانون الذي يحكم هذا العقد، وأن هذا الاختيار يكون إما بإرادة الأطراف المتعاقدين أو يكون في التصرف الإرادي المنفرد،

الذي ينشأ بإرادة المتصرف المنفردة، ولكن هذه الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق ليست مطلقة، وإنما تكون مقيدة بالضوابط المقيدة والمحددة للإرادة نفسها، على الرغم من أن القانون الأردني لم ينص صراحة على تقييد حرية الإرادة كم فعلت بعض المحاكم ومنها المحاكم الإنجليزية ونص القانون التجاري الأمريكي الموحد (UCC) في المادة (1-105/1) والتي تنص صراحة، على أنه يجب أن يكون هناك اتصال معقول بأكثر من ولاية أو دولة، إلا أن المشرع الأردني أورد نصا يقضي بإتباع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص خاص .

التشريع المصري:

لقد خول المشرع المصري في نص المادة (19) من القانون المدني للمتعاقدين الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي صراحة أو ضمنا.

ولكن المشرع المصري لم يطلق العنان لحرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق فقد اوجب أن يكون هذا الحق ضمن القوانين التي تتزاحم حكم هذه العلاقات حتى لا تتجاوز الإرادة أهداف المشرع بمقتضى قاعدة التنازع والتي خولت للأفراد الحق في تعيين القانون الواجب التطبيق من بين القوانين التي تتزاحم لحكم الرابطة العقدية، أي القوانين التي تتصل بهذه الرابطة على نحو آخر .

وبناء على ذلك فإن قيام الأفراد المتعاقدين باختيار القانون الواجب التطبيق خارج إطار القوانين المتنازعة لحكم الرابطة العقدية، فإنهم بذلك يكونون قد تجاوزوا مقصود الشارع بمقتضى قاعدة التنازع الوطنية، وأنه لا يجوز لهم حل مشكلة التنازع بشأن هذه العلاقة خارج دائرة التنازع أصلا. (صادق، الحداد، ص346) .

ويرى جانب من الفقه أن هذه الحرية وإن تم تقيدها لا تكون إلا في العقود الدولية التي يعتبر الاعتماد المستندي من أهمها كونها تحتوي على العنصر الأجنبي وذلك وفق المعيار المختلط، وهذه الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق تكون مقيدة بوجود صلة بين العقد والقانون المختار وهذا الاتصال يكون إما بجنسية أحد المتعاقدين أو بموطنه أو بمحل إبرام العقد أو محل التنفيذ،

أو قد تكون هذه الصلة من حاجات التجارة والمعاملات الدولية، فقد شاع إخضاع عقد ما لقانون معين بحيث يصبح عقداً نموذجياً لتجارة معينة، وبناء عليه في حال اختيار عقد نموذجي يصبح القانون المختار حتى لو لم تتوافر بين العقد وهذا القانون صلة من حيث الجنسية والموطن... الخ. (منصور، سامي بديع، ص 309) .

رابعاً : تطور وتبدل منهجية حل النزاعات في الاعتمادات المستندية الدولية .

لقد كشفت لنا الدراسة السابقة عن أهمية الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق في حل مشكلة تنازع القوانين وقد تبين لنا أن هذه الحرية يجب أن لا تكون مطلقة وإنما يجب أن تكون محددة بالعديد من الضوابط حتى لا يتجاوز الأفراد حدود هذه الحرية المعطاة لنا، كما تكشف لنا أيضاً من الدراسة السابقة لهذا الفصل قصور قواعد التنازع في حل مشكلة تنازع القوانين وأن هذه الآلية أصبحت عاجزة كما يدعى البعض عن تلبية الحاجات المتزايدة من فض النزاعات المشوبة بعنصر أجنبي وخصوصاً في الالتزامات التعاقدية الأمر الذي دفع الباحث البحث عن وسائل واليات ومنهاج تحقق الغاية في التوصل إلى آلية تحقق المصالح المتعارضة لذلك فإن الباحث سيقوم باستعراض هذه الآليات والمناهج في هذا القسم.

إن التنظيم القانوني للعقود الدولية تأثر - ولا يزال - بالصراع الأيدلوجي، والذي نشأ نتيجة لتطور الفكر الإنساني والصراع بين المذهب الفردي الذي قدس حرية الفرد وارتفع بها إلى قمة التنظيم، والمذهب الاجتماعي الذي أكد أن الجماعة هي الهدف الأسمى للقاعدة القانونية، فهذا النزاع بين المذهبين يفرز آثارها على الدور الذي تقوم به الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية الدولية .

وعليه فإن الإرادة تلعب دوراً واضحاً في تنازع القوانين، وتبين القانون الواجب التطبيق على أساس أن الإرادة قادرة على خلق الالتزام وتحمل آثاره باعتبارها حلاً وسطاً يحقق رغبات الأطراف المتعارضة. (ممدوح، عبد الكريم، ص 161).

إن دور الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق الذي يحكم العقد تشكل وتلعب دوراً هاماً في تقنية تنازع القانونين التي لا زالت هذه الآلية والمنهجية من أبرز الطرق لحل مشكلة تنازع القوانين . إن معظم التشريعات تخضع عقود الاعتمادات المستندية في جانبها الموضوعي لما يسمى (بقانون الإرادة) والذي وبقوله يكون لأطراف العقد حرية في اختيار القانون الذي يحكمه.(عبدالعال، عكاشة، ص 14) .

هذا الأساس الفلسفي لقاعدة حرية اختيار قانون العقد في بعض التشريعات ومنها المملكة المتحدة نستطيع إيجاده في أحكام القضاء من خلال قاعدة (اتركه يعمل) بالرغم من السماح للأطراف في اختيار القانون المنظم للعقد يؤرخ قبل ذلك. (الهداوي، حسن، ص147) . وقد كان لذلك أثره في القانون الدولي الخاص، حيث استقرت قاعدة خضوع العقد لقانون إرادة المتعاقدين في فقه القانون الدولي الخاص بشكل عام في القرن التاسع عشر حيث أخذ به كل من سافني ومانشيني.(فؤاد رياض، وسامية راشد، ص 322) .

وقد استند هذا المبدأ إلى اعتبارات عملية، فهو يستجيب إلى التنوع الهائل والمعقد للعمليات التعاقدية الدولية التي تقضي السماح للأفراد باختيار القانون الأنسب لهم، فالقانون الذي تحدده الإرادة هو الذي ينسجم مع طبيعة العلاقة التعاقدية وتحقيق مصالح المتعاقدين، وهذا ما يفسر نجاح اختصاص قانون الإرادة في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية على السواء.(المصري، محمد وليد، ص 196) . وبناء على ما سبق فقد استقرت قاعدة قانون الإرادة في ضمائر المشرعين القانونيين، فكان لذلك أثره على تشريعاتهم، فقد أخذ بها المشرع الأردني في المادة (20) وأخذ بها المشرع العراقي من القانون المدني في المادة (25).

وهذا المبدأ أيضاً تم إعمالها من قبل القضاء الفرنسي في تواتر منذ حكم محكمة النقض الفرنسية في (25 / 12 / 1910) وقره القضاء الإنجليزي في تواتر.(عبدالعال، عكاشة، ص13) .

وهو ما أخذت به كل من اتفاقيات لاهاي لسنة (1955) واتفاقية روما لعام (1980) بشأن القانون الواجب التطبيق.

هذا وتسري قاعدة قانون الإرادة على عقود الاعتمادات المستندية. وبناء على ذلك فإن الإرادة تلعب دورا بارزا في تنازع القوانين، وتبين القانون الواجب التطبيق على أساس أن الإرادة قادرة على خلق الالتزام وتحمل أثاره باعتباره حلا وسطا يحقق رغبات الأطراف المتعارضة. (ممدوح، عبد الكريم، ص161) .

إن اختلاف وجهات النظر للدور الذي تقوم به الإرادة عند اختيارها للقانون الذي يحكم العقد، هذا الخلاف تمخض عنه ظهور نظريات مختلفة ، ولكل منها رأيه الخاص فيما يتعلق بدور الإرادة ومفهوم كل منها للدور الخاص الذي تقوم به الإرادة عند اختيارها للعقد، وقد وصل الأمر أن اختلف أصحاب الاتجاهات المختلفة في رد اتجاهاتهم إلى معيار موضوعي ومعيار شخصي .

إن دور الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق الذي يحكم العقد تشكل وتلعب دورا هاما في تقنية تنازع القانونين التي لا زالت هذه الآلية والمنهجية من أبرز الطرق لحل مشكلة تنازع القوانين. إن الأداة الاستثنائية لحل تنازع القوانين (قواعد الإسناد) تعتبر الوسيلة الفنية والغالبة والمألوفة اليوم لحل مشكلة تنازع القوانين.(منصور، سامي والعجوز، ص90) .

تم وصف قواعد الإسناد من قبل البعض بأنها قواعد إرشادية حيث تقوم على وظيفة أساسية من خلال مساعدة القاضي الوطني بالإشارة إلى القانون الواجب التطبيق والتي تقوم على ثلاثة خطوات أولا يتم تحديد موضوع النزاع والثانية ربط العلاقة بأحد الأفكار المسندة،

والأخيرة إسناد الفكرة بضابط الإسناد، لذلك تعتبر من أفضل الوسائل التي يضعها المشرع الوطني للوصول إلى أفضل القوانين من بين القوانين التي تسعى من أجل بسط قواعده على هذا النزاع وخصوصاً في العلاقات الخاصة الدولية التي تسمح بتطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، وكذلك نظراً لقيمتها باختيار أفضل القوانين المتزاحمة فقد تم تسميتها بالقواعد الناخبة. (البستاني، سعيد، ص116).

وبناء عليه فإنه في الالتزامات التعاقدية تم وضع قانون الإرادة ضابطاً لتحديد القانون الواجب التطبيق الذي بناء عليه يستطيع الأفراد تحديد القانون الواجب التطبيق وهذه الإرادة إما أن تكون صريحة أو ضمنية وفي غير ذلك فإن المشرع قام بوضع ضوابط محددة يقوم القاضي بتطبيقها في حال عدم الاختيار الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق على الرابطة التعاقدية.

قصور الية تنازع القوانين في حل مشكلة تنازع القوانين في الاعتمادات المستندية

:

إن تعدد القضايا الحديثة في العقود التجارية أدى إلى البحث عن حلول عقدية تريح المتعاقدين، من خلال إيجاد طرق ووسائل تذهب بالعقد والمتعاقدين عن تدخل السلطات التشريعية، بل وحتى المحاكم، مما كان الدافع إلى وجود عقود ونصوص عقدية تنتشر دولياً، وتستخدم في دول ذات أنظمة قانونية مختلفة، كما أدى هذا إلى وجود جماعات من المتعاملين بحقول تجارية متخصصة، على النطاق الدولي، تعمل بمزاولة التجارة الدولية على أساس قواعد نموذجية خاصة، فصارت ملزمة لأعضاء الجماعة في معاملاتهم الدولية، دون تدخل من جانب السلطات في مختلف الدول، لذلك ابتدعت الحاجة إلى سن الدولة لتشريع أو نظام يحكمه، كما لم تقم الحاجة إلى أن تقوم السلطة بوضع ما يضمن تنفيذها والالتزام بها، وبناء عليه فإن عقد من عقود التجارة الدولية، قد يخضع في جميع أجزائه، للقواعد المرعية بين أعضاء الجماعة.

ومن ذلك خضوع الاعتمادات المستندية إلى الأعراف الموحدة في الاعتمادات المستندية رقم ICC "Practice for Documentary Credits UCP 600" Uniform Customs and (الحموري، طارق، ص 3).

حيث أن الإرادة في الالتزامات التعاقدية التي تم وضعه كضابط للإسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق على الرابطة التعاقدية تعرضت للعديد من المشكلات مما دفع الباحث التشكيك في قدرة الأداة الاستثنائية في حل مشكلة تنازع القوانين، فهذه الآلية عندما سمحت في اختيار القانون الواجب التطبيق على الرابطة التعاقدية من خلال الإرادة للخروج من تزام القوانين لم تكن موفقة في بعض جوانبها وذلك بسبب تعدد العقوبات التي يعتبر من أهمها :

1. العقبة الأول إن دور الإرادة ينقسم بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية :

رغم أن تقنية تنازع القوانين جعلت الإرادة ضابطاً للإسناد في اختيار القانون الواجب التطبيق إلا أنها لم تضع الضوابط المناسبة لهذا الضابط، حيث أدى ذلك إلى انقسام الفقهاء والتشريعات القضائية بين مطلق لهذه الإرادة وبين مقيد، فإذا كان الاتجاه الأول قد أعطى للإرادة حرية في اختيار القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية وخصوصاً في العقود الدولية دون وجود قيود أو ضوابط فإننا لا نواجه أية مشكلة في أن ضابط الإسناد هو قانون الإرادة وللأطراف المتعاقدين الحرية المطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق لحكم رابطة التعاقدية.

ولكن المشكلة تظهر في وضع ضوابط أو قيود على هذه الرابطة، التي هي تحد من قيام الإرادة أو تكاد تمنعه أو توجهه في اختيار القانون في العقود الدولية، فإذا كانت الدول تريد وضع هذه القيود أو الضوابط على الإرادة التي لا يجوز لها ذلك، بما أنها قد قامت بإعطاء الخيار للإفراد المتعاقدين باختيار القانون الواجب التطبيق، فلماذا ترجع وتضع القيود التي تمنعها من ممارسة حقها في اختيار القانون الذي يحقق لهم مصالحهم المتعارضة؟

لذلك فإن هذه التقنية لا تحقق الغاية المنشودة منها ذلك أن وضع قانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق ثم تأتي الدولة بتقييد هذا الضابط وخصوصاً في حال عدم وجود صلة بين الرابطة التعاقدية والقانون الواجب التطبيق، فإنه بإمكان الدولة التدخل وتوجيه الإرادة في اختيار القانون المناسب، الذي وبناء عليه يرجعنا إلى المشكلة الرئيسية (أي القوانين نطبق من بين القوانين المتزامنة) .

إن هذا الضابط أو أي ضابط عندما يوضع من قبل تشريع الدولة فإنه بذلك يكون قد تنازل وبمحض إرادته عن تنظيم تلك الروابط العقدية القانونية، والدولة هي التي أكسبته الصفة الشرعية من أجل الخروج من مشكلة تنازع القوانين .

2. أما العقبة الثانية التي تعترض قانون الإرادة هي في تطبيق قاعدة الإسناد (مراحل حل النزاع الإحالة).

عرفنا سابقاً أن ضابط الإرادة هو الذي يحدد القانون الواجب التطبيق على الرابطة التعاقدية، فإذا تم تحديد القانون الأجنبي من خلال ضابط الإرادة فما هو المقصود بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق والذي تشير إليه قاعدة الإسناد؟ فهل نطبق القواعد الموضوعية أم نطبق قواعد الإسناد في ذلك القانون؟ إذا قام الأطراف المتعاقدين باختيار قانون معين لحكم رابطة التعاقد في الاعتمادات المستندية الدولية، وحدث نزاع فإن القاضي المنظور أمامه النزاع يقوم بتطبيق القانون الذي اختاره الأطراف المتعاقدين في هذا النوع من العقود وذلك بناء على قاعدة الإسناد، فإن القاضي يصطدم بواقع إما يطبق قواعد الإسناد للقانون المختار أو يطبق القواعد الموضوعية للقانون المختار ؟

إن الإجابة على هذا التساؤل من قبل وجهة نظر الباحث أن منهجية تنازع القوانين في حال تم تطبيقها فإننا ملزمون بتطبيقها بكافة مراحلها ولا يجوز ترك أعمال مرحلة وعدم إعمالها لخيارات واتجاهات المشرعين وبناء عليه فإن مرحلة الإحالة يجب أن يطبق كما هي محددة وهذا الإعمال يدخلنا في متاهات المشرعين والفقهاء،

الأمر الذي يظهر لنا النقص والقصور في نظام تقنية تنازع القوانين، الأمر الذي يتطلب معالجة جدية، هذه المعالجة لا تكون بفرض إجراءات معينة على الإرادة الصريحة أو الضمنية مثلما فعل المشرع الأردني بافتراض أن الإرادة اتجهت إلى تطبيق القواعد الموضوعية متجاهلة بذلك نظام الإحالة الذي عندما وضعت كان بناء على دراسة مستفيضة من قبل المشرعين.

إن (ضابط الإرادة) يتعارض في حد ذاته مع الأخذ بالإحالة، فإن قيام المتعاقدين في عقود الاعتمادات المستندية باختيار القانون المصري لحكم رابطة التعاقدية مرفوض وأن نقوم باستشارة قواعد الإسناد في هذا القانون الذي تفرضها نظام الإحالة؛ لأن في ذلك تجاهل لنظام الإحالة مما يسبب مشكلة تجاهل لضابط الإرادة، التي تم وضعه كميّار لاختيار القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية (البستاني، سعيد، ص 170).

لقد تم في هذا الفصل التعرف على أهم النتائج المترتبة على النظرية الشخصية التي توصل اليها الباحث فيها إلى عدم قدرة تقنية تنازع القوانين على مواكبة النظرية الشخصية وخصوصاً رفض الإحالة التي يعود سبب رفضها إلى الرغبة في احترام إرادة المتعاقدين واحترام إرادة المشرع الذي قرر مثل هذه القاعدة .

فعندما يكون القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد قانون إرادة المتعاقدين كما هو مثال الالتزامات العقدية التي تخضع لقانون الإرادة أي القانون الذي يختاره الأطراف فإن الأخذ بقواعد الإسناد في هذا القانون المختار قد يتنافى ويتعارض مع إرادة هؤلاء فيما لو أشارت هذه القواعد إلى قانون آخر. (منصور، سامي وعبد العال، ص 98).

عدم قدرة تقنية تنازع القوانين على تلبية الرغبات التي ترنو إليها النظرية الشخصية كان الدافع وراء البحث عن أساليب وتقنيات أكثر قدرة وانسجام على تلبية هذه الحاجات المتزايدة للنظرية الشخصية في تحقيق المصالح المتعارضة المتضاربة للأفراد المتعاقدين .

إذا كان دور تقنية تنازع القوانين هو الموجه للقانون الواجب التطبيق، فإن إعطاء الإرادة الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق يؤدي إلى العديد مع التناقضات بالنسبة لهذه التقنية، نعم هي تقوم بتوجيه المنازعة إلى القانون الواجب التطبيق وفي نظامها أعطت الحرية للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق، إلا أن هذه الحرية يجب أن تكون وفقا لهذه التقنية بكافة مراحلها، فهل هذه المراحل تتوكل مع النظرية الشخصية أم هناك تعارض ؟

كما تم الإشارة سابقا فإن من أهم الانتقادات التي وجهت لتقنية تنازع القوانين هو التعارض بين إرادة الأفراد وبين مرحلة الإحالة التي هي من متطلبات تقنية تنازع القوانين، التي لا نستطيع أن نقول بناء على آراء بعض الفقهاء إن إرادة الأفراد تتجه إلى اختيار القواعد الموضوعية بالنسبة للقانون الذي اختارته إرادة الأطراف المتعاقدين، والتغاضي عن نظام الإحالة الذي هو من مراحل تقنية تنازع القوانين والذي يجب العمل بها بغض النظر عن أي استثناء فإذا أردنا أن نبحث عن حلول للخروج من مشكلة الإحالة فإنه يتم من خلال البحث عن تقنيات جديدة تحقق المصالح المتعارضة للأطراف المتعاقدين.

لذلك وبناء على ماسبق فإن نظرية تنازع القوانين والتي كانت في مرحلة سابقة تحقق فوائد معينة على الساحة القانونية والدولية لم تعد مناسبة بتقنياتها ووسائلها غير كافية لحكم العقود في الاعتمادات المستندية ومتطلباته، هذه العقود والعلاقات التي توحدت فيها المصالح رغم اختلاف الحدود والأطراف المتعاقدين أصبحت تتطلب وجود أنظمة قانونية دولية موحده، كما أن هذا الأمر يتطلب جهات قضائية دولية واحدة تنظر في نزاعاتها .

إن تقنية تنازع القوانين من أهم أهدافها الحد من الصراع القائم بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية والتي أصبحت لا تحقق الغاية المنشودة منها سواء أكان على مستوى النظرية الشخصية أم النظرية الموضوعية؛ لذلك كان لابد من البحث عن وسائل أكثر فعالية وقدرة على تحقيق المصالح المتعارضة بين الأطراف المتعاقدين وخصوصاً في التجارة الدولية .

آليات ومنهاج في حل مشكلة تنازع القوانين

وبناء على ماسبق فإن الباحث سيقوم بالبحث عن هذه الآليات والمنهاج بطريقة مبسطة وسريعة وفيما إذا كانت تعطي نتائج أفضل من تقنية تنازع القوانين في حل مشكلة تنازع القوانين ويتم ذلك من خلال

1.توحيد قواعد تنازع القوانين عبر المعاهدات الدولية .

من بين الطرق التي سعت إلى تحقيق غايات ومصالح الأفراد المتعارضة في اختيار القانون الواجب التطبيق والتي استجابت لها التشريعات عبر المعاهدات تلك التي حاولت أن تحد من رقعة تنازع القوانين وذلك عبر توحيد قواعد الإسناد. (منصور، وعبد العال، ص20) .

يعتبر زيادة عدد المعاملات التي تتعدى الحدود وزيادة الدول والأفراد من الدول المتصلين بها إضافة إلى تبدل هام مؤثر في الحجم النوعي للمبادلات التي تقوم عليها والأشخاص المحركين لها، كان وراء الدافع إلى وجود هيئات ومؤسسات تدعمه أفضى إلى زيادة العوامل الضاغطة على التشريعات للقبول بقواعد موحدة دولية لحكم العلاقات التجارية الدولية، مما كان الدافع وراء (عولمة قواعد حل النزاعات التجارية الدولية). ونتيجة لذلك برزت الأهمية الخاصة للمعاهدات في مجال تطور قواعد القانون الدولي الخاص وإيجاد الحلول المناسبة لحسن سير العلاقات الخاصة الدولية وخاصة حل المشاكل المتولدة عن تضارب أنظمة التنازع وذلك عبر توحيدها. (ديب، فؤاد، ص 17) .

إن تقنية تنازع القوانين من خلال مراحلها كشفت وفق منهجية الحل عن اختلافات كثيرة في الحلول التي توصلت إليها الجهات القضائية، هذا كان الدافع وراء البحث عن طرق للحد من هذا الاختلاف من خلال المعاهدات الدولية، التي تهدف إلى توحيد قواعد التنازع باعتباره مصدرا دوليا لقواعد الإسناد، حيث إنه يمكن من خلال المعاهدات توحيد قواعد تنازع القوانين بالنسبة لموضوع القانون الواجب التطبيق على الاعتمادات المستندية، عبر المعاهدات تتحول قواعد الإسناد الوطنية إلى قواعد اتفاقية دولية. (البستاني، سعيد، ص249) .

إلا أن معظم المعاهدات الدولية انقسمت بين مبدأ شخصية القوانين وبين إقليمية القوانين حيث إن الاتحاد الاسكندنافي بني على مبدأ إقليمية القوانين في حين أن اتحاد لاهاي بني على مبدأ شخصية القوانين إلا أنه في العقود التجارية الدولية فقد أحالت جميع الدول في العقود الدولية في حال الاتفاق الصريح إلى قانون الإرادة أما في حال عدم وجود إرادة صريحة أو ضمنية فإن قواعد الإسناد اختلفت بين مكان الإبرام أو مكان التنفيذ، وحتى في قانون الإرادة اختلفت الدول بين مطلق أو مقيد . وتتفق بعض الدول التي تتبنى مواقف متباينة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاعتمادات المستندية على توحيد قواعد الإسناد في هذا الموضوع بإخضاع عقود الاعتمادات المستندية للقانون الذي تم الاتفاق عليه في حال الاتفاق الصريح أما في حال عدم الاتفاق فإنه يخضع لمكان إبرام العقد. وبذلك يتم للقضاء على اختلاف قواعد التنازع فيما بين الدول وتقوم بينهما قواعد موحدة ومشاركة لتنازع القوانين بصدد هذه المسألة.

إن توحيد قواعد الإسناد وخصوصاً في الإرادة والعمل على وضع ضوابط لهذه الإرادة وعدم إطلاق مبدأ سلطان الإرادة في جميع الدول بحاجة إلى كثير من الجهود لحل هذه المشكلة .

لقد عملت العديد من الدول من خلال الاتفاقيات الدولية على وضع العديد من الحلول لتلافي مشكلة تنازع القوانين من خلال توحيد القواعد الموضوعية وعليه فإن توحيد قواعد تنازع القوانين عبر المعاهدات الدولية. لا يتم ذلك إلا من خلال توحيد القواعد الموضوعية .

ا.توحيد القواعد الموضوعية في بعض مسائل القانون الخاص :

إن الاختلاف في قواعد القانون الداخلي لكل دولة تحيل إليها قواعد الإسناد، نتيجة اختلاف الأفكار المسندة بين الدول كأن يحول دون الوصول إلى توافق في الحلول فيما بينها .

عرفنا فيما سبق أن نشوء تنازع القوانين يرجع إلى اختلاف تشريعات الدول فيما بينها لذلك كأن لجوء بعض الدول إلى توحيد الأحكام الموضوعية النازمة لمسألة هذا الاختلاف الذي نتيجة الاختلاف بين الأخذ بالنظرية الشخصية الذي بنى جميع أفكاره وتشريعاته وقواعده من خلاله وخصوصاً في العقود التجارية الدولية على إطلاق العنان لحرية الأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق وبين الأخذ بالنظرية الموضوعية الذي عمل على تقييد حرية الإرادة من خلال وضع ضوابط لهذه الحرية والتي من أهم مبادئها وجود صلة بين القانون المختار والرابطة التعاقدية هذا الاختلاف سبب العديد من المشاكل من أهمها وضع قواعد إسناد بحسب النظرية التي تقوم عليها الاتجاهات القضائية، فبعض الدول أعطت حرية مطلقة لإرادة الأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق على الرابطة التعاقدية منها القضاء الفرنسي والقضاء الإنجليزي و أيضاً بعض الاتفاقيات ومنها اتفاقية روما لعام (1980) التي تعد من أهم الخصائص المميزة لنظام القانون الواجب التطبيق هو الحرية المطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق .

إن دور الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق على الرابطة التعاقدية حتى بين اختلاف النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية فإن وجود قانون وأحكام موضوعية موحدة لا يؤدي إلى هذا الانقسام فإن إعطاء الحرية للأفراد في اختيار أي قانون له صلة أو لا صلة لا يؤثر على اختلاف الأحكام نتيجة توحيد القواعد الموضوعية إلا أن محاولات توحيد قواعد التنازع عبر المعاهدات لم تفض إلى منع اختلاف الحلول أمام قضاء الدول حيث قد يحدث أن يختلف القضاء الداخلي في كل دولة من الدول المتعاهدة حول تفسير النص الموحد وهذا ما يؤدي إلى ظهور التنازع بين التفسيرات القضائية المختلفة. (البستاني، سعيد، ص 255).

2. توحيد جهتي القضاء والقانون لحكم عقود الاعتمادات المستندية الدولية من خلال التحكيم:

إن القضاء العادي يبحث عن العدالة لصالح القانون بينما يبحث عنها قضاء التحكيم لصالح الخصوم. (قاسم، أحمد الشيخ، ص 10).

يرى بعض الفقهاء بأن هناك اتجاه بدأ يظهر وخصوصاً أمام التحكيم التجاري الدولي مفاده (وفي إطار النظرية الشخصية) أن حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم لا يستند إلى مطلق سلطان الإرادة والذي يعلو على حكم القانون كما ذهب أنصار النظرية الشخصية التقليدية في البداية، وإنما يستمد سلطان الإرادة في الفقه الحديث أساس قوته الملزمة للأطراف من قاعدة قانونية تخول للإرادة القدرة على وضع الشروط العقدية التي يلتزمون بأحكامها، وهكذا أضحت قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين جزء من القانون التجاري الدولي، كما يطبقه قضاء التحكيم المعاصر. (صادق، هشام علي، ص 162).

لقد وجد هذا النوع من التحكيم مكانة هامة ومميزة في مجال تنظيم التجارة الدولية، حيث عملت الاتفاقات والمعاهدات الدولية على تكريس التحكيم التجاري الدولي كنظام قانوني خاص، يقوم بوظيفة حل النزاعات التجارية الدولية ويتجاوز إلى حد ما قواعد القانون الدولي الخاص

من خلال وضع قواعد موضوعية موحدة، مثلما هو الحال بالاتفاقيات الدولية الخاصة بتوحيد قواعد التحكيم والتي يعتبر من أهمها بروتوكول جنيف لعام 1923 .

رغم نص الفقرة الثانية من المادة /7/ من اتفاقية نيويورك لعام 1958 على إلغاء بروتوكول جنيف لعام 1923 يبقى هذا البروتوكول معمول به بالنسبة للدولة الموقعة على البروتوكول والتي لم تتضمن اتفاقية نيويورك نظراً للأثر السلبي للمعاهدات الدولية.

وكذلك فإن الاتفاقية الأوروبية لعام 1961 منها ما عني بحل مسألة التنازع القضائي الدولي حل جزئياً، اهتمت بإنشاء مؤسسات تحكيم دولية دائمة يلجأ إليها الأطراف في اختيار الإجراءات المناسبة و يتركون الأمر لخيار المحكمين، وتعطى للأفراد حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على أساس النزاع، أو يطلقون الخيار للمحكمين بالحكم وفق تقديراته ودون التقيد بقانون معين، ومن ذلك نظام المصالحة والتحكيم الدولية (C,C,I) لعام 1988 ومجمع التحكيم لدى غرفة التجارة في استوكهولم لعام 1976 ، ومحكمة التحكيم الدولية لمواد التجارة والصناعة بجنيف، ونظام التحكيم لدى الغرفة التجارية الفرنسية، واتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام 1978 ، واتفاقية الكوميكون بين الدول الاشتراكية لعام 1972 ، واتفاقية واشنطن للتحكيم الدولي لعام... الخ من الاتفاقيات الدولية. (البستاني، سعيد، ص 260) .

إلا أن لغاية هذا اليوم فإن موضوع التحكيم لا زال يطرح في القانون الدولي الخاص على طاولة المفاوضات والاتفاقات الدولية، وقامت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (انسترال) بوضع قواعد للتحكيم أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 15 كانون الأول لعام 1976 ثم وضعت اللجنة نفسها القانون النموذجي للتحكيم الدولي الذي اعتمدهت الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 21 حزيران 1985 وأوصت الدول الأعضاء أن تتبنى هذا النظام في تشريعاتها الوطنية بهدف تحقيق وحدة التشريع على النطاق الدولي .

ويعتبر التحكيم المطلق الأكثر استخداما في العلاقات الخاصة الدولية، ذلك أنه يتوافق مع النظرية الشخصية من حيث إطلاق العنان للأفراد في تنظيم إجراءاته بل وإعطاء المحكمين الفصل في النزاع دون التقيد بالقواعد القانونية، وعلى الرغم من المساحة الواسعة التي يتحها نظام التحكيم إلا أن القصور والغموض لا زال يكتنف العديد من جوانبها والتي هي جزء من سير حسن العدالة، كإعلان الخصوم، المساواة بين أطراف النزاع خاصة إذا علمنا أن قرار التحكيم بعد صدوره، لا بد من إنفاذه أمام مرجع قضائي مختص، وهذا المرجع يمارس رقابة على قرار التحكيم، إلا أن التشدد في هذه الرقابة قد أدى إلى ضياع الفائدة المرجوة من اللجوء إلى التحكيم أصلا.

لقد اكتسب التحكيم أهمية خاصة من خلال اعتباره قضاء متخصصا يعيش أحداث مجتمع التعامل الدولي ويتابع عاداته وأعرافه وتقع عليه بالدرجة الأولى مهمة تطوير هذه العادات والأعراف بما يتماشى مع الواقع الجديد. (صادق، هشام علي، ص 243).

وقد يبدو دور المحاكم أكثر وضوحا إزاء النقص الشاهد في قواعد القانون التجاري الدولي أيضا والتي لم تصل تطورها بعد إلى حد تكوين نظام قانوني متكامل، فقد اضطر المحكمون إزاء هذا النقص إلى خلق الحلول الواجب إتباعها والتي تناسب ظروف التجارة الدولية ومتطلباتها تحت ستار فكرة العدالة والمبادئ القانونية المشتركة. (المؤيد، نادر، ص 243).

ولاشك أن اضطراد أحكام المحكمين على الأخذ بهذه الحلول سيسهم في تحويلها من مجرد سوابق فردية إلى قواعد تتسم بالعموم والتجريد الذي تكتسبها من تكرار الحكم بمقتضاها، في الوقت الذي تفنقر فيه إلى عنصر الإلزام النابع من إحساس الكافة بإلزامها لعلمهم باستقرار قضاء التحكيم عليها والحكم بمقتضاها، مما يضيف عليها بالنهاية صفة القانون. (صادق، هشام علي، ص 243).

ويطلق جانب من الفقه على السوابق التحكيمية مصطلح (المبادئ عبر الدولية) ومن الأمثلة على القواعد عبر الدولية، تلك التي حصرها القاضي الإنجليزي اللورد (Mustill) وهي:

1.الأصل وجوب تنفيذ العقود وفقا لشروطها 2. وجوب تعديل العقد بتغيير الظروف على الأقل في العقود طويلة الأجل....الخ. (نادر، المؤيد، ص293).

إلا أن نظام التحكيم لم يستطيع تحقيق المصالح المتعارضة للأفراد المتعاقدين حيث يرى البعض إن دور المحكم هو دور كاشف للقواعد الموضوعية حيث أن قانون التجارة الدولي يتكون فحسب من ممارسات التجار الدوليين دون أدنى تدخل من التحكيم أو من فقهاء ورجال القانون، فهو نظام سابق التكوين قبل تدخل القانونيين، وبالتالي فإن دور التحكيم يقف عند مجرد الكشف عن وجود القاعدة القانونية وإبرازها. (نادر، المؤيد، ص27).

وبناء على ماسبق فإن دور التحكيم إذا كان ينحصر في الكشف عن القواعد الموضوعية للقوانين الداخلية فإننا سنرجع إلى متاهة اختلاف القواعد القانونية بين الدول وبالتالي فإنها لن تحقق الغاية المرجوة منها في تحقيق المصالح المتعارضة للأطراف المتعاقدين في الاعتمادات المستندية وهذا يدفع الباحث إلى البحث عن آلية أخرى برزت إلى الوجود من أجل تحقيق ألمان التعاقد للأطراف المتعاقدين وهي :

3.العقود النموذجية.

عرف الفقه العقود النموذجية بأنها: (عبارة عن وثيقة مطبوعة يمكن أن تستخدم كأنها العقد ذاته، إذا تنطوي على جميع القواعد التي تحكم هذا العقد وهي معدة سلفا، مثل التزامات الأطراف وضمانات التنفيذ وغيرها).(منير، عبد المجيد، ص 55) .

وتم تعريفه من قبل البعض بأنه: (عبارة عن مجموعة من الشروط العامة التي استقرت في عادات وواقع التجارة الدولية والمكتوبة في صيغ معدة سلفاً والمطبوعة بأعداد ضخمة تستعمل كنماذج لعقود يتم إبرامها في المستقبل). (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص 133).

وتذهب مدرسة قانون التجارة الدولية الجديدة إلى إعطاء الإرادة الفردية دوراً متزايداً في بيان هذا القانون، ومن هنا فقد أعطوا العقد وجوداً هاماً في تأكيد الأعراف السارية في الوسط التجاري، بحيث يصبح وسيلة تقنين أساسية لها، بما يجعلها مرجعاً فاعلاً للفصل في منازعات العقد الدولي، حيث إن العقد قادر على خلق القواعد التي تنظم المنازعات الدولية، حيث إن تكرار الاتفاق على بعض النصوص والأحكام في مجال التجارة الدولية يحولها إلى معاهدات متداولة تحكم حركة التبادل في الوسط الذي بزغت فيه. (الأباصيري، فاروق محمد، ص 133).

وفي مجال عقود الاعتمادات المستندية فإن الممارسات التعاقدية من المصادر المهمة لإرساء القواعد النظامية التي يقوم عليها القانون الموضوعي للاعتمادات المستندية الدولي، ففي ميدان يتسم بقدر عالٍ من الحرية الفردية المتلازمة مع مبدأ احترام القول المعطى وحيث إن العلاقات تتعقد مبدئياً بطريقة إرادية يجد الكثيرون أنه بإمكان العقد أن يشكل وسيلة تنظيمية مركزية في عقود الاعتمادات المستندية إلى جانب الأدوات التنظيمية الأخرى المختلفة .

إلا أن هذه العقود النمطية لها طابع اختياري وهي بمثابة توجيه وإرشاد، ومع ذلك فإنها تصبح ملزمة بمجرد الإشارة إليها أو التوقيع على العقود النموذجية، ومرجع الإلزام هو العقد نفسه الموقع عليها من قبل الطرفين إعمالاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين. ومن هنا، فإن معظم التنظيمات تتجه إلى وضع عقود نموذجية متضمنة العادات الجارية وكذلك الأحكام الجديدة التي تكتسب مع مرور الوقت قوة مصدرها التداول لها من قبل أعضاء هذا التنظيم المهني، إلا أن الخلاف ثار بالنسبة لهذا الموضوع من حيث الطابع الاختياري لهذه العقود النمطية حيث انقسم الفقهاء إلى عدة اتجاهات :

يرى جانب من الفقه بأن العقود النمطية لها طابع اختياري وهي بمثابة توجيه وإرشاد، ومع ذلك فإنها تصبح ملزمة بمجرد الإشارة إليها أو التوقيع على العقد النموذجي، ومرجع الإلزام هو العقد نفسه الموقع عليه من الطرفين إعمالاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين. (أبو العلا، النمر، ص 91).

إلا أن جانباً آخر من الفقه يرى بأن السياق العالمي الذي يمكن أن يكون النظام القانوني الموجود سلفاً مصدر على قدم المساواة مع قانون القاضي ومع التشريع، وفي هذه الحالة فإن التعاقد هو المصدر الأولي للقانون والأساسي. (Gunther p33).

وذهب جانب آخر من الفقه إلى اعتبار هذه العقود من العقود الموضوعية في القانون الدولي الخاص وتطبق بصفقتها تلك، هذه القواعد قد تطبق بطريقة غير مباشرة إذا تم الاتفاق تطبيق (Lex mercatoir) حيث باتت هذه القواعد تشكل جزءاً من النظام القانوني لقواعد غرفة التجارة الدولية باعتباره تسديد الفراغ الناجم عن غياب قواعد اتفاقية موحدة في هذا الشأن، كما يتم تطبيق هذه القواعد بصفة غير مباشرة من قبل المحكم في حالة الاختيار من جانب الأفراد ففي هذه الحالة يقوم بتطبيقها على اعتبار أنها القواعد الملائمة لحكم العقد. (الأباصيري، فاروق محمد، ص 137).

كذلك لم يعد في رأي البعض إنكار الصفة القانونية لهذه العقود النموذجية فالحياة وواقعها العملي أقوى من النظرية، بل إن الواقع قد يسهل تنظيمه خارج إطار القانون لو كان رجال القانون على مستوى مسؤولياتهم ولم يصروا على إنكار هذا الواقع متسترين وراء مبادئ ونظريات لم تعد تلائم ما يفرضه من تطور الحياة الخاصة الدولية. (المؤيد، نادر، ص 85).

إلا أن جانباً من الفقه توصل إلى أن العقود النموذجية لا تعتبر من القواعد الموضوعية وإنما هي تعتبر أدلة إثبات للقواعد عبر الدولية. (المؤيد، نادر، ص 398).

4.القوانين النموذجية :

القوانين النموذجية نماذج لقوانين تتولى إعدادها منظمات دولية بشأن مسائل تهم التجارة الدولية لتستعين بها الدول - إن شاءت - في إعداد قوانينها الوطنية أو تنقيحها، وهي ضرب من المعونة الفنية تقدمها هذه المنظمات طوعا لتفيد منها الدول ولاسيما النامية منها. (محسن، شفيق، ص10).

إن تأثير القوانين النموذجية يرجع بصفة أساسية إلى ما يسبقها من أعمال تحضيرية، تتم في شكل بحث واستقصاء في القانون المقارن، كما يعود إلى ما تضمنته هذه اللجان من خبراء في شكل مجموعات عمل، مشهود لهم بالكفاءة، وإلى صفتها التمثيلية في التكوين، كما أن سمعة ونزاهة الهيئة الدولية هي أفضل ضمان لفعالية هذه القوانين وعندما يطبقها القاضي، أو يعتبرها المشرع قبل أن تصبح معاهدة وتوقع من قبل الدول، فإنه يستند في ذلك إلى الشرعية العملية التي تمثلها هذه القوانين النموذجية، والتي لا تقتصر على كونها تقنيات للعادات المهنية السائدة، بل تعتبر بمثابة تعبير عن قانون مستنير وواع. (ثروت، حبيب، ص 142).

إن الاعتراف للهيئات القائمة على التوحيد بالقدرة على خلق قواعد القانونية التي تنظم نشاط أعضائها، ومن ثم فإن القواعد التي تصدر عنها تتمتع بالقوة والفعالية في الفصل في المنازعات المتعلقة بنشاطها، وهذا القول يمكن أن يطبق على القانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية، وكذلك القانون الموحد الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس، حيث تهدف هذه التنظيمات في إطار وظيفتها الأساسية إلى تسهيل حركة التجارة الدولية لهذه الهيئات والمنظمات.(الأباصيري، فاروق محمد، ص128).

ولكن هذه القوانين النموذجية لا تعتبر من مصادر القانون الموضوعي للتجارة الدولية، وإنما تنحصر وظيفة هذه القوانين في إثبات القواعد عبر الدولية، أضيف إلى ذلك أن هذه القوانين تأخذ دوراً إرشادياً للدول لتبناه في قوانينها الداخلية، مما يدل بطريقة غير مباشرة باعتراف اللجنة الصادرة منها هذه القوانين بضرورة تبني الدول لهذا القانون حتى يتوافر له طابع الإلزام. (نادر، المؤيد، ص 399).

كما أن قصور هذه القوانين النموذجية عن معالجة كافة الجوانب المتعلقة بالموضوع، ومنها الأصول والأعراف المنظمة للاعتمادات المستندية لم يتم تنظيم الجوانب الموضوعية بشكل كاف مما يدل على عدم كفاية القوانين كمصدر من المصادر الموضوعية، وغاية ما يمكن اعتبار أن هذه القوانين النموذجية هي مصدر إثباتي للقانون الموضوعي مع أهميته البالغة في كونها صادرة عن متخصصين من دول مختلفة. (تقرير مؤتمر عمان، ص 9).

5. توحيد الأحكام الخاصة بعقود الاعتمادات المستندية :

لقد سعت حركة التجارة الدولية بمسعى لتوحيد نظام الاعتماد المستندي من خلال غرف التجارة الدولية التي عملت على وضع القواعد والعادات الخاصة والتي كانت هي المرجع بالإضافة إلى الأحكام القضائية، إلا أن هذه القواعد والأعراف لم تستطع حل حالات التنازع بين القوانين بشأن هذه المنازعات نهائياً وذلك لعدة أسباب منها :

1. لم تأت هذه القواعد على تنظيم جميع المسائل المتعلقة بهذا النوع من الاعتماد كافة حيث أنها لم تقم بمعالجة عيوب الرضا، وجزاء عدم التنفيذ مما جعل المجال واسعاً أمام البحث عن القانون الواجب التطبيق عليها .

2. إن هذه القواعد لا يتم العمل بها مالم يتم الاتفاق عليها صراحة من قبل الأطراف المتعاملين في الاعتمادات المستندية. (طه، مصطفى كمال، ص 540).

3. وبما أن هذه القواعد ليست صادرة عن المشرع الوطني في كل دولة، فإنها ليست بالقواعد الآمرة ولاهي بالقواعد المكملة لإرادة الأطراف إلى أعمال هذه القواعد بشأن اعتماد مستندي ذي طابع دولي، حيث إن القاضي الناظر النزاع لا يطبق هذه القواعد مباشرة. (المادة الأولى من القواعد المعدلة لسنة 1983).

وبناء على ما سبق فإنه على الرغم من توحيد الأحكام الخاصة بالاعتماد المستندي إلا أن البحث عن القانون الواجب التطبيق لا زال مشكلة قائمة لم يتم الانتهاء منها من خلال هذا التوحيد.

نتائج البحث في أهم الآليات والمنهاج التي يمكن استخدامها لحل مشاكل تنازع القوانين.

إن التوجه إلى استبعاد منهج التنازع، في عقود الاعتمادات المستندية، والاعتماد على القواعد الموضوعية، لم تلق نجاح كبير وذلك للأسباب التالية :-

1. على مستوى المعاهدات التي تعقد في إطار عالمي، فهناك هيمنة للدول الكبرى على هذه المعاهدات، وإذا لم توافق مصالح الدول الكبرى لا توقع عليها مما يفقدها طابع العالمية والانتشار، كما أن الادعاء بوجود تلك القواعد المادية العرفية يمكن أن يشكل ستارا للهروب من قوانين الدول النامية وذلك لمصلحة الشركات متعددة الجنسيات والتي لها نفوذ سياسي واقتصادي أكثر مما تملكه تلك الدول.
2. كما أن القانون الموضوعي لا يتوافر له فكرة النظام القانوني، إذا لا يمكن الجزم بأنه يوجد مجتمع منظم متماسك، يجمع كل المتعاملين مع الاعتمادات المستندية الدولية، قادر على خلق قواعد سلوكية ملزمة لهم، إضافة إلى أن المصالح الاقتصادية والسياسية لكل دولة سوف تعوق كل محاولة لوجود واكتمال مثل هد القانون الموضوعي. (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص 63).

إن القول بأن القواعد الموضوعية دولية القلب والقالب تلائم الروابط الدولية، فهي جاءت من أجل تنظيمها وتحل مباشرة مشكلاتها على خلاف قاعدة التنازع فهي وطنية المنشأ وموضوعها الوحيد هو تحديد قانون وطني معين لحكم الروابط الدولية، ولكن أين هي تلك القواعد الموضوعية. (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص 271) .

3. أما بالنسبة للعادات والأعراف التجارية الدولية فلا يمكن النظر إليه على أنه نظام قانوني متكامل وذلك نظرا لما يتصف به هذا المصدر من قصور ونقص فهو ليغطي كافة المسائل العقدية، وكل ما يمكن أن يقال في هذا الشأن أنه يمكن النظر إليه كمصدر أساسي للقواعد المادية أو الموضوعية، رغم ما يشوبه من نقص وقصور يحتم القول معه بالحاجة دائما وأبدا للعودة إلى منهج الإسناد وقواعد التنازع في هذا الشأن .

إن القواعد الموضوعية عبر الدولية لا تشكل سوى استثناء على قواعد التنازع وعلى منهج الإسناد الذي تبقى له صدراته في القانون الدولي الخاص، حيث إن قاعدة التنازع ستظل في ظل الوضع الراهن للعلاقات الدولية تحكم سيطرتها على عملية تنظيم العلاقات، وذلك لفترة زمنية غير قصيرة. (عشوش، محمود، ص 57) .

وبناء على ما سبق فإن الآليات والمناهج قد اختلفت في التوصل إلى تحديد القانون الواجب التطبيق لحل مشكلة تنازع القوانين، هذه الطرق الوسائل كانت قاصرة في بعض جوانبها غامضة في حلولها صعبة في تطبيقها العملي، الأمر الذي دفع بالباحث إلى القول بأن آلية ومنهج تنازع القوانين هي الطريقة الفضلى التي تستطيع مواكبة تطورات تنازع القوانين ولكن لا يتم ذلك إلا من خلال وضع ضوابط لهذه المنهجية يتم الاتفاق عليها من قبل معظم الدول .

بعدها تبين لنا هذه الآليات والمناهج فإن اختيار هذه الطرق التي تسعى إلى تحديد القانون الواجب التطبيق يتم إما من خلال الإرادة الصريحة والواضحة أو من خلال الإرادة الضمنية رغم أن بعض التشريعات قامت بتحدد هذه الضوابط في حال عدم الاتفاق عليها وإن هذا التحديد المسبق يؤدي إلى عدم تحقيق الغاية في تحقيق المصالح المتعارضة من خلال التوصل إلى القانون الواجب التطبيق وعليه فإن القانون الذي يختاره الأفراد المتعاقدين إما يكون صراحة أو ضمناً، حيث يدخل العقد في نطاق قاعدة التنازع الخاصة بالتصرفات القانونية (قاعدة قانون الإرادة)، و يترتب عليه خلق الالتزامات، وروابط قانونية، أو علاقات شخصية بين أطرافه؛ ولذا تخضع الجوانب التعاقدية للقانون المختار من قبل الأطراف .

ضوابط تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاعتمادات المستندية الدولية .

إن أعمال القانون الذي اختاره الأطراف المتعاقدين يقتضي التفرقة بين الاختيار الصريح، والإرادة الضمنية المستفاد من ظروف الحال وملابسات التعاقد، أو من نصوص العقد؛ حيث يثير الاختيار الصريح العديد من المشكلات، من أهمها نطاق الحرية المكفولة للأطراف في ممارسة الاختيار الصريح، وتجزئة العقد وإخضاع جوانبه لأكثر من قانون، والاختيار اللاحق على إبرامه، وتعديل هذا الاختيار. وكذلك ما يثيره قانون الإرادة الضمنية من مشكلات؛ من حيث الاعتداد به من عدمه، وكيفية استخلاص تلك الإرادة الضمنية وأوصافها. وإذا كانت تلك القاعدة الخاصة بتطبيق القانون المختار تسري على عقود الاعتمادات المستندية الدولية فما هي القاعدة في حال عدم الاختيار وهذا ما سيتم في هذا القسم البحث في :

1. الاختيار الصريح .

2. قانون الإرادة الضمنية .

3. القانون الواجب التطبيق في حال عدم اختياره من قبل أطرافه .

■ الاختيار الصريح للقانون الذي يحكم عقود الاعتمادات المستندية .

إن للمتعاقدين الحق في اختيار القانون الذي يحكم العقد سواء أكان قانوناً وطنياً أم أجنبياً، وفقاً لمنهج التنازع التقليدي الموروث عن (سافيني) وهذا الاختيار الصريح لقانون العقد يمثل في إفصاح الأطراف عن إرادتهم في تحديد القانون، أو القوانين التي يريدون تطبيقها على العقد صراحة، وقد يضمنوا عقدهم - لي إتمام ذلك بنداً أو شرطاً، يقضي باختيار قانون معين .

وعليه فإن هذا الاختيار للقانون الصريح الذي يحكم الاعتماد المستندي شفهيها أمام القاضي المعروض عليه النزاع وغالباً ما يكون مكتوباً، وتعد الكتابة شرطاً فيما يعرف بشرط الاختصاص التشريعي الذي يحقق للمتعاقدين الأمان القانوني ضد المخاطر التي يمكن أن تحدث أو تظهر عند تنفيذ العقد. (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص 334) .

إن عقود الاعتمادات المستندية التي تتعدد فيها الروابط وتكثر والتي تكون كل منها سبباً لوجود الأخرى؛ ولذا فإن الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق، يحقق لأطراف العقد أماناً قانونياً، ويحمي توقعاتهم المشروعة، فإن هم عملوا ذلك فهم يتصرفون كمن يبرم عقد تأمين على الحياة، تحوط للمستقبل وما يكتنفه من أخطار محتملة. (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص 190).

لذلك فإنه يتطلب من رجال القانون الاعتناء باختيار القانون الذي سيحكم العقد الدولي، ولا يكون هذا الاختيار - على حد تعبير البعض مجرد نزوة، وقد جاء قرار مجمع القانون الدولي في دور انعقاده بمدينة أوسلو عام (1977)، مؤكداً على ضرورة الاختيار الصريح لقانون العقد، وذلك في المادة الثانية، فقرة أولى، والتي تقضي بأنه: "يتعين على الأطراف اختيار قانون واجب التطبيق على عقدهم صراحة... وجاءت أيضاً المادة الرابعة من قرار المجمع في دور انعقاده بمدينة أثينا عام (1979) لتؤكد أنه: "من المأمول فيه

أن يعين الأطراف صراحة القانون واجب التطبيق على عقدهم وحتى في إطار التشريعات الوطنية ومنها القانون الدولي الخاص التركي لعام (1982) والمادة (29) من القانون الدولي الخاص الفنزويلي لعام (1980). (1).

وايضاً المادة 1/3 من اتفاقية روما لعام 1980 كلها جاءت مؤكدة على وجوب الاختيار الصريح لقانون العقد، وطالما جاء اختيار القانون واجب التطبيق على عقد الاعتمادات المستندية صريحا ومحددا لا يثير لبسا، ولا تخضع لأي تفسير من قبل القاضي المعروض أمامه النزاع، فيجب إعمال هذا الاختيار وبالنظر إلى الترابط الوثيق بين كل من عقد البيع وعقد الاعتماد المستندي العقد الناتج عن كون العقد الثاني سببا لإبرام الأول، فقد أثرت بعض المشكلات الخاصة بالاختيار الصريح لقانون العقد بالمعنى الواسع؛ حيث إن إعمال القانون المختار صراحة يمكن إن تخضع له العلاقة القانونية في مجموعها، بدلا من تعدد القوانين بتعدد العقود وهذا مقال به البعض، لكي تتحقق وحدة القانون واجب التطبيق على العملية في مجموعها. إن اختيار القانون واجب التطبيق على عقود الاعتمادات المستندية، لا يثير أية صعوبات بالنسبة للعلاقة التعاقدية بالمعنى الضيق (العلاقة بين البنك والأمر بفتح الاعتماد، أما فيما يتعلق بالعلاقة الرباعية الأطراف، أي عقود الاعتمادات المستندية بالمعنى الواسع (العلاقة بين الأمر والمستفيد من جهة والبنك ففتح الاعتماد والبنك المعزز من جهة والعلاقة بين البنك والمستفيد والعلاقة بين البنك والأمر من جهة أخرى) فإنها تثير بعض الصعوبات فيما يتعلق بالاختيار الصريح لقانون .

(1) النص باللغة الفرنسية : "Il est souhaitable que Les parties designing expressement Le droit applicable : Art.4

... a leur contract " p.428, Rev. Crit. D.I.P. 1980. V.:Rev. ارجع نصوص هذا القرار في المجلة الإنتقادية للقانون الدولي الخاص

2. قانون الإرادة الضمنية :

إن خصائص الاعتمادات المستندية الدولية، أضافت إليه سمة خاصة تميزه عن غيره من العقود الأخرى وهي تعدد العلاقات واستقلال عقد الاعتمادات المستندية عن عقد البيع الأصلي هذا التفرد كان من جهة الإرادة المنفردة للبنك بإصدار خطاب الاعتماد المستندي، إذا تم الاتفاق صراحة بين أطراف عقد الاعتماد المستندي على تطبيق القانون الأردني أو أي قانون آخر تعين على القاضي الاعتداد بهذا الاختيار الصريح، وانتهت بذلك مشكلة تحديد القانون واجب التطبيق على عقد الاعتماد المستندي الدولي؛ إلا إنه من الممكن إهمال هذا التحديد فالأطراف قد لا يعيرون هذا الأمر اهتماماً؛ مما يؤدي إلى وجود بعض المشكلات، تظهر عند سكوت المتعاقدين عن الاختيار الصريح لقانون العقد وهنا يمكن التساؤل، هل يعتد بالإرادة الضمنية، التي يمكن الكشف عنها، وكيفية استخلاصها إن وجدت؟ وللإجابة عن تلك الأسئلة نوجه البحث فيما يلي :

أولاً: الاعتداد بقانون الإرادة الضمنية : لقد ظهرت في هذا المجال اتجاهين: عدم الاعتداد عند تحديد القانون واجب التطبيق على العقد الدولي، إلا بالإرادة الصريحة وعند سكوت الأطراف عن الاختيار الصريح يجب أن يتصدى القاضي مباشرة لتركيز العقد، تمهيدا لتحديد القانون الأكثر صلة بالعقد والذي تتركز فيه عناصره المختلفة، وينتمي هذا الاتجاه إلى أفكار النظرية الازدواجية، حيث يحقق عدم الاعتداد بالإرادة الضمنية من وجهة نظرهم - الأمان القانوني للعملية التعاقدية. (ياقوت، محمد محمود، ص87) .

هذا يحقق الغاية المنشودة بطريقة أفضل من تخويل القاضي البحث بنفسه عن تلك الإرادة الضمنية المزعومة، التي تؤدي إلى تحكم القاضي، والإخلال بتوقعات الأطراف وهذا ما تبنته بعض التشريعات الوطنية منها: القانون الدولي الخاص الإسباني لعام 1974 في المادة (5/10) بالإضافة إلى القانون التركي لعام 1982 في المادة (1/24) .

الاتجاه الثاني قرر أن هناك ثمة ظروفًا، توجد فيها إرادة ضمنية حقيقة ومؤكدّة، وهذا الاتجاه يساند الكثير من التشريعات الوطنية نذكر منها: القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1979 في المادة (1/35) والقانون المدني المصري في نص المادة (1/19). أضف إلى ذلك اتفاقية روما لعام 1980؛ في المادة الثالثة، فقرة أولى، والتي تقضي بأن: "...هذا الاختيار يجب أن يكون صريحاً أو مستخلصاً بشكل مؤكد من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد... الخ بالإضافة إلى المادة السابعة من اتفاقية مكسيكو لعام 1994، والتي تقضي بأنه: "...عند غياب التراضي على القانون واجب التطبيق، يجب أن يستتج هذا الاختيار، بشكل واضح من سلوك الأطراف ومن الشروط المعتبرة في مجموعها... الخ .

ينبغي اعتبارها وعدم تجاهلها ويستطيع القاضي الكشف عنها من خلال ظروف وملابسات التعاقد، أو من خلال نصوص العقد ذاته. (صادق، هشام علي، ص 319).

ومن أهم هذه القرائن أيضاً: مكان الإبرام والتي أخذت بها المحاكم الإنجليزية فقد أخذت بهذا الضابط في قرار لمحكمة استئناف في إنجلترا سنة (1884) وكذلك في القضاء الأمريكي أما المشرع الأردني فقد أخذ بضابط مكان إبرام العقد كأحد الضوابط الاحتياطية عند غياب الاختيار. (1).

إلا إن جانباً من الفقه لا يرى هذا المؤشر بحد ذاته كافٍ لتحديد القانون الواجب التطبيق لأنه لا يعبر عن حقيقة المصالح المعينة التي ترتبط بالعملية التعاقدية، ذلك إنه في بعض الأحيان قد يتم إبرام العقود الدولية في أماكن لا يكون للمتعاقدین مصالح دائمة فيها والتي قد تكون نقاط عبور أو قد يكون للأطراف مصالح فيها ولكنها ليست رئيسة وإنما فرعية، لذلك فإن مكان إبرام العقد حتى يعتد بها كضابط لابد من وجود ضوابط فرعية أخرى تسانده. (صادق، هشام علي، ص 554).

(1) طبقت محكمة التمييز الأردنية ذلك في قرار لها صادر بتاريخ (1983) تمييز حقوق رقم (539 / 83) مجلة نقابة

المحامين، ص (1505) عملاً بأحكام المادة (20) الفقرة الأولى .

ونتيجة لقصور هذا الضابط عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية والتي يعتبر الاعتمادات المستندية من أهمها والذي هو موضوع بحثنا فإننا نتجه للبحث عن ضابط آخر وهو مكان التنفيذ لعله يكون محققاً مع مقتضيات التعامل مع عقود الاعتمادات المستندية الدولية .

إن ضابط مكان التنفيذ، والتي يعتبر من أهم خصائصه إنه المكان الذي تتركز فيه الالتزامات التعاقدية وتظهر إلى العالم الخارجي، الذي هو أمر مهم بالنسبة للغير، أضف إلى ذلك أن الغاية المنشودة من الالتزامات هو التنفيذ فضلاً عن إنه موطن أو محل إقامة أحد الطرفين على الأقل.(عز الدين، عبد الله، ص 428) .

وفي ذلك يرى جانب من الفقه أنه في بعض الاحيان أن مكان التنفيذ يعتبر كقرينة أساسية للتحقق من القانون الخاص، حيث إنه في حال وجود اختلاف بين قانون إبرامه وقانون مكان التنفيذ كانت القرينة القوية لصالح مكان التنفيذ، وخصوصاً إذا ما طبق جزء من العقد فيما يخص التنفيذ، وقد يكون اتجاه نية الأطراف إلى إخضاع القانون ككل إلى مكان التنفيذ. (السيد، عبد المنعم حافظ، ص 123) .

وبذلك أخذت بعض الأحكام القضائية الفرنسية باعتبارها القانون الأكثر ارتباطاً بموضع العقد. (صادق، هشام علي، ص 588) .

إلا أن هذا الضابط لم يسلم من النقد والقصور من خلال وجود صعوبات في إعماله وخصوصاً عندما يتم التنفيذ في أكثر من دولة، كما هو الحال في نقل البضائع عبر السفينة ويتم بيع هذه البضائع، وهي على ظهر السفينة. (سلامه، أحمد عبد الكريم، ص 202) .

وبذلك يرى الباحث أن هذا الضابط لا يحقق الغاية المرجوة منه في عقود الاعتمادات المستندية التي قد تتعدد أماكن تنفيذ الاعتمادات المستندية بين بنك معزز أو بنك مؤيد أو في حال إنتقال هذه الأوراق من بلد إلى آخر .

لذلك فإن واقع الحال دفع للبحث عن ضوابط أخرى لعلها تحقق الغاية منها بما يحقق مصالح الأطراف المتعاقدين والتي يعتبر منها الموطن المشترك ومركز الأعمال المشترك وبهذا أخذ المشرع المصري والأردني كضابط إسناد في المرتبة الثانية بعد ضابط قانون الإرادة .

ويرجع السبب في ذلك نظرا لأهمية الموطن المشترك في المعاملات المالية والتعاقدية بالإضافة إلى ذلك إنه ينظر إليه على إنها الإرادة المفترضة للأطراف باعتباره معلوما ومعروفا لدى كل منهما، كما إنه يمثل حلا وسطا أم عن الوقت الذي يتحدد فيه الموطن المشترك فيرجع إلى وقت إبرام العقد وليس إلى وقت تنفيذه أو المنازعة فيه. (ديب، فؤاد، ص332) .

ويعتبر من المؤشرات العامة ايضاً مكان التفاوض قبل الموافقة، على قبول الاعتمادات المستندية هذه العملية التي كان لها دور بارز في الوصول الي هذا المستوى من التطور في عقود الاعتمادات المستندية تعتبر من القرائن في تحديد القانون الواجب التطبيق لفض النزاعات الناشئة عن عقود الاعتمادات المستندية الدولية. (JAMESE, BYRNE, p561) .

ومن المؤشرات العامة أيضاً مكان تنظيم العقد وخصوصاً إذا كان أمام موثق رسمي في دولة معينة أو أمام أحد القناصل، حيث إنه يمكن الافتراض أن هذا التوثيق قد يكون قرينة على أن الأطراف المتعاقدين قد أرادوا أن يتم تطبيق قانون الدولة التي يتبع لها أولئك الموظفون العموميون، ولكن هذا المؤشر بحاجة كما يرى البعض إلى قرائن أخرى رأسه كمكان إبرام العقد. حيث يقوم القاضي المعروض أمامه النزاع، بالكشف عن الإرادة الضمنية في عقود الاعتمادات المستندية الدولية، من خلال مجمل ظروف العقد المصاحبة لإبرامه، أو اللاحقة إذا تم تحديد هذا القانون في مرحلة لاحقة، فعلى سبيل المثال: إذا تم إبرام عقد البيع الدولي المرتبط بعقد الاعتماد المستندي الدولي، وتم الاتفاق صراحة بين المشتري

والبائع على تطبيق القانون الأردني على عقد البيع، فهل يمكن اعتبار إرادة الأطراف في عقد البيع، إرادة ضمنية لتطبيق القانون الأردني المختار على عقد الاعتمادات المستندية الدولية ؟

إن القاضي الناظر في النزاع الناشئ عن عقود الاعتمادات المستندية ينظر إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين وليس لإرادة طرف واحد، إلا إنه يستثنى من ذلك خطاب الاعتماد الذي يوجه البنك مصدر الاعتماد للمستفيد، وكذلك خطاب التأييد الذي يوجه البنك المؤيد لهذا المستفيد إذا كان مؤيداً، فإن الإرادة الضمنية المبحوث عنها في هذا التصرف الإرادي المنفرد للبنك مصدر الاعتماد أو البنك المؤيد، وهذا التصرف الإرادي المنفرد نافذاً دون توقف على إرادة من وجه له، ولا مجال للبحث عن إرادة المستفيد الذي لم يكن له أي دور في إنشاء التصرف أو نفاذه وإن كان دوره يظهر في عملية التنفيذ.

إن استخلاص الإرادة الضمنية في مثل هذه الحالة من الأمور غير المقبولة، فعلى الرغم من وجود صلة ارتباط وثيقة بين كل من عقد البيع شرطاً لتحديد القانون واجب التطبيق عليه، يعني أن هناك إرادة ضمنية للأطراف في العقد، تقتضي بتطبيق القانون المختار في عقد البيع، الذي يسري على عقد الاعتماد المستندي، والقول بوجود الإرادة - على الأقل لدى البائع لا يمكن أن يشكل إرادة حقيقة وإنما مفترضة، يصعب التسليم بها في مجال القانون الدولي المعاصر، الذي يؤكد على ضرورة وجود إرادة مؤكدة للكشف عن قانون الإرادة الضمنية .

القرائن المستخلصة من نصوص العقد ذاته :

إن المميز في هذا النوع من القرائن يقتصر على عقد معين فقط ولا نستطيع تعميم النتائج على أنواع آخر من العقود حتى لو كانت من النوع نفسه. إن هذا النوع من القرائن لا يكون في كل العقود، وإنما تستمد من ذات التعاقد، وتنطوي على أهمية في العقود التي تشكل بنداً من بنودها. (منصور، سامي بديع، ص 527) .

وبذلك أخذت اتفاقية (لاهاي) لسنة (55) بهذا النوع من المؤشرات، وكما انها قيدت القاضي في إستخلاص الإرادة الضمنية، من نصوص العقد ذاتها.

ومن أهم هذه القرائن :

1. **عملة الدفع:** إن عملة الدفع تعتبر من المؤشرات الهامة التي قد يستدل بها

على اتجاه نية المتعاقدين لإعطاء الاختصاص في علاقتها التعاقدية لقانون تلك العملة.

(الدواوي، غالب، ص 170).

ومع ذلك فإن هذه القرنية بحد ذاتها غير كافية وخصوصاً إذا ما علمنا أن بعض العملات هي المتداولة

العمل به مثل الدولار الأمريكي ، ولكن هذا المؤشر قد يبرز في حال وجود عملة نادرة. (الهداوي،

حسن، ص 38) .

2. **موضوع العقد:** فإذا كان موضوع العقد أموالاً ولم تسمح طبيعة العقد بتعيين

القانون المختار، كان القانون الواجب التطبيق هو قانون المكان الذي توجد فيه تلك الأموال.

(موسى، حسن، ص 302)

فعندما يتضمن العقد أحد القوانين المتصلة بالعلاقة أحكاماً تنظيمية لها ينفرد بها عن غيره، أو كان

إحدى هذه القوانين يقضي بصحة العقد خلافاً للقوانين الأخرى، فإن الأقرب إلى منطق الأمور، إعمال

قانون الدولة التي تنظم العقد أو تقر بصحته شريطة أن لا يتعارض إعمال ذلك القانون مع قواعد

الإنصاف ومثالها عقود الربا والاستغلال والتي تعارض أبسط قواعد حسن النية. (منصور، سامي

بديع، ص 527) .

يمكن الكشف عن قانون الإرادة الضمنية من خلال نصوص عقد الاعتمادات المستندية ذاتها؛ فعلى

سبيل المثال: إذا تم تحرير العقد باللغة الصينية أو باللغة التركية، يمكن القول: إن الأطراف قد

إنصرفت نيتهم إلى الخضوع للقانون الصيني أو التركي .

وإن كانت تلك القرينة القائمة على اللغة المستخدمة في تحرير العقد تعد لدى البعض قرينة تبعية ضعيفة ؛ تحتاج لتضافر غيرها معها، للقول بوجود إرادة ضمنية.(سلامة، أحمد عبد الكريم، ص96).

وكذلك فإنه يعد من القرائن التي يستخلصها منها قانون الإرادة الضمنية في اختيار القانون الذي ينتمي إليه العقد النموذجي ببوده المعروفة . (عبد العال، عكاشة، ص 46) .

كذلك يعد قرينة الرجوع إلى بنود مستعارة من قانون ما ويعد شرط الاختصاص القضائي من القرائن ذات الوزن والقيمة في استخلاص قانون الإرادة الضمنية. (سلامة، أحمد عبدالكريم، ص110).

فإذا اتفق الأطراف في عقد الاعتماد المستندي الدولي على اختصاص المحاكم المصرية مثلا بمنازعات هذا الأخير، فمعنى ذلك إنهم قد أرادوا ضمناً الخضوع للقانون المصري فيما يتعلق بالاختصاص التشريعي، فمن يختار القاضي يختار قانونه، وإن كان من الواجب إن يأتي هذا الاستخلاص من نصوص العقد، وظروف التعاقد، ويتضمن إشارة إضافية تؤكد إن اختيار الأطراف لمحاكم تلك الدولة يشمل اختيارهم لقانونها . (صادق، هشام علي، ص331) .

ويعد اللجوء إلى قضاء التحكيم، واختيار محكمين يمارسون نشاطهم في إطار مكاني معين، أيضاً من القرائن الدالة على قانون الإرادة الضمنية اختيار القواعد السارية في هذا المكان. (السيد ، عبد المنعم حافظ، ص140) .

إن القاضي وهو يقوم بهذا الدور إنما يتم من خلال النظرية الموضوعية والتركيز الموضوعي للرابطة العقدية، حيث تجد هذه النظرية فاعليتها الكاملة، بل أساس تطبيقها حيث يسكت المتعاقدين عن اختيار قانون العقد. (السيد، عبد المنعم حافظ، ص110) .

وقد نصت صراحة بعض التشريعات على ضرورة تقصي تلك النية للمتعاقدين وهذا هو حال المشرع المصري في المادة (19) والمشرع العراقي. (الهداوي، حسن، ص534) .

وقد نصت على هذا الحكم أيضا اتفاقية (روما) لسنة (80) على هذا الحكم، حيث يسري على العقد القانون الذي يختاره الأطراف بطريقة مؤكدة من أحكام العقد وظروف القضية .

ويرى جانب من الفقه أن منهجية اتفاقية روما هذه تتميز بعدم الجمود، فبصدد التحقق من وجود إرادة ضمنية لا يلتزم القاضي بالجمع بين نصوص العقد وظروف التعاقد، فيكفي الاستناد إلى أي منهم، فيمكن استخلاصها من نصوص العقد، وإن لم يتيسر له ذلك يمكنه الاستناد إلى مجمل ظروف العقد المصاحبة لإبرامه أو اللاحقة عليه. (فرج، طرح البحور، ص50).

ولكن اتفاقية روما أعطت للقاضي حق استخلاص الإرادة الضمنية ولكنها قيدت ذلك (بالاستنتاج المؤكد من ظروف التعاقد). (Mayer, p448) .

وقبل نفاذ اتفاقية (روما) كانت المحاكم الإنجليزية تأخذ بمعيار الرجل العقلاني أي القانون الذي سيختاره رجل الأعمال العاقل في هذه الظروف، فالخصومة التنازعية تثير دراسة تحليلية، حيث يكون هناك دائما رابط طبيعي للعلاقة. (السيد، عبد المنعم حافظ، ص 106) .

وقد ثار خلاف فقهي حول رقابة محكمة التمييز على استخلاص هذه الإرادة، فقد ذهب جانب من الفقه إلى إن الإرادة الضمنية التي يستخلصها القاضي هي إرادة حقيقية، وهو في تقصيصها لا يخضع لرقابة محكمة التمييز لأنه في الحقيقة يقوم بتفسير العقد وهو ما لا يخصه بصفة عامة لرقابة المحكمة العليا، مادام كان استنتاجه مبنيا على أسباب سائغة. (ديب، فؤاد، ص 318).

ونخلص مما تقدم: من إن الكشف عن قانون الإرادة الضمنية ينبغي إن يكون مؤكدا، وواضح لا لبس فيه من خلال الاختيار الجلي لقانون العقد عن طريق وجود العديد من المؤشرات، بما لا تعطي مجالا للشك في التعبير عن حقيقة المقصود، والمتمثل في اتجاه تلك الإرادة إلى اختيار قوانين دولية معينة للإنطباق على العقد. (عبد العال، عكاشة، ص45) .

إن عقود الاعتمادات المستندية تحكمها طبيعة خاصة تتطلب من القاضي الباحث عن الإرادة الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق، وإعطاء جهداً إضافي نتيجة تشعب العلاقات وتعددده وقيام أكثر من مكان لإبرام العقد أضف إلى تعدد أماكن تنفيذ العقد، لذلك فإن الباحث يرى في هذا السياق إعطاء الدور الكبير للقاضي في البحث عن الإرادة المفترضة وعدم تقيده كما فعل المشرع الأردني بضوابط يجب الالتزام بها رغم قصور هذه الضوابط .

3. القانون واجب التطبيق على عقد الاعتمادات المستندية حال عدم اختياره من قبل أطرافه :

قد لا يقوم الأطراف المتعاقدين في عقود الاعتمادات المستندية بتحديد القانون الواجب التطبيق لحكم رابطةهم التعاقدية ، فإنه يقع على القاضي المعروف أمامه النزاع تحديد هذا القانون، وهو ما يملية عليه التزامه بأداء العدالة. (B.AUDIT) نقلا عن (السيد، عبد المنعم حافظ، ص 165).

إنه في حال عدم وجود إرادة صريحة تحدد القانون الواجب التطبيق أو وجود إرادة ضمنية مؤكدة، فإن القاضي يقع عليه عبء تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال إجراء عملية تركيز العقد وتحديد مركز الثقل في العلاقة العقدية؛ ويكون ذلك إما عن طريق ضوابط إسناد جامدة وضعتها التشريعات الوطنية، لتقطع كل طريق لسيطرة القضاء عند تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، أو عن طريق ضوابط إسناد مرنة يراعى فيها الطبيعة الذاتية للعقود المعاصرة، التي تفرضها طبيعتها الأخذ بضوابط لا تكون موجودة مسبقاً، تختلف بحسب كل حالة على حدة، وتبعاً لظروف التعاقد، وملابساته؛ حيث وصل الأخذ بتلك الضوابط المرنة أعلى درجاته من خلال تركيز العقد وفقاً لنظرية الأداء المميز. ويدخل في إطار هذا الدور القضائي لتعيين قانون عقود الاعتمادات المستندية،

وما يقوم به القضاء من أعمال لبعض القواعد التي تعمل على تحقيق التوازن بين مصالح الأطراف، واحترام التنظيمات الآمرة في دولة القاضي، أو في القانون الاجنبي المتصل بالعقد، وهذا ماسيتم البحث فيه من خلال الفصل الرابع من هذه الأطروحة .

وبذلك يكون الباحث قد إنتهى من الفصل الثالث من هذا الرسالة لينطلق في الفصل الرابع لبيان مواطن الضعف والقصور ومعالجتها من خلال النظرية الموضوعية التي عملت على تجاوز موطن النقص والقصور في النظرية الشخصية التي لم تعالج سوء الإرادة الصريحة والضمنية دون العمل على إيجاد حلول مناسبة في حال غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية وكان هذه النظرية تعمل بناء على طلب الأطراف المتعاقدين.

الفصل الرابع
تنازع القوانين في الاعتمادات المستندية وفق النظرية
الموضوعية

الفصل الرابع

تنازع القوانين في الاعتمادات المستندية وفق النظرية الموضوعية :

أولاً : نظرية الاختيار التنازعي ومضمون و فوائد وأنواع هذه النظرية وتأثيره على الاعتمادات المستندية .

ثانياً : تقييم نظرية الاختيار التنازعي في ظل الواقع الصرفي للاعتمادات المستندية والنتائج المترتبة على النظرية الموضوعية وأثرها على استقرار المعاملات التجارية الدولية.

ثالثاً : نظرية التركيز الموضوعي ومضمونها وفوائدها وأنواع هذه النظرية وتأثيرها على عقود الاعتمادات المستندية .

رابعاً: تقييم نظرية التركيز الموضوعي والنتائج المترتبة عليها وأثرها على استقرار المعاملات التجارية الدولية.

أولاً : نظرية الاختيار التنازعي ومضمون و فوائد وأنواع هذه النظرية وتأثيرها على الاعتمادات المستندية .
النظرية الموضوعية :

لقد تبين لنا تقديس النظرية الشخصية لسلطان الإرادة لدرجة المغالاة، لكن هذه الغلو لم يستطيع مجابهة المصالح العليا للجماعة التي فرضت القواعد العامة التي لا يجوز الخروج عليها.

هذه القواعد تبدو بصورة واضحة في إطار النشاط التجاري الدولي وخصوصاً في عقود الاعتمادات المستندية الذي يقوم على ائتمان تمنحه إحدى البنوك للمستفيد؛ وهو نشاط يؤثر في اقتصاد الدولة التي تتواجد بها تلك البنوك؛ لذلك فإنه من الطبيعي أن تظهر أفكار النظرية الموضوعية لتحد من هذا الإطلاق للإرادة الفردية، هذه الحرية تكون وفق ما رسمه القانون .

إن هذه النظرية تقوم على مفاده من إعلاء سلطان القانون، وبناء عليه فقاعدة قانون الإرادة لا تستمد سلطتها من اختيار الأطراف واتفقهم، وإنما من قاعدة الإسناد التي أقرت لهم هذا الحق، والذي ينص عليها قانون القاضي المعروض أمامه النزاع؛ فهي تستمد قوتها من القانون، وبذلك فإن الإرادة تكون مرشد للقانون الواجب التطبيق). (صادق، هشام علي، ص 38) .

ومن أفكار النظرية الموضوعية ما قال به (H.Batiffol)، إن دور الإرادة ينحصر في تركيز العقد أو توطينه في مكان معين، أو في إطار قانوني يرتبط به، حيث يقوم القاضي من خلالها استخلاص القانون الواجب التطبيق على العقد، والتي تسمى بنظرية وحدانية التحديد. (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص169) .

وتم إطلاق مسمى "نظرية التركيز Localisation أو نظرية التوطين الموضوعي أو الفعلي للعقد " (H.Batiffol) نقلا عن (السيد، عبد المنعم حافظ، ص81) .

وهنا لا يقوم الطرفان المتعاقدان باختيار قانون معين، يلتزم القاضي به على النزاع المعروض أمامه إنما يركزا عقدهما في مكان معين، يستطيع القاضي من خلاله تحديد القانون الواجب التطبيق، وعليها فإن العملية بتحديد القانون الواجب التطبيق من خلال هذه النظرية تكون للقاضي الذي يكون له الدور الأساسي في ذلك التحديد للقانون الواجب التطبيق على عقود الاعتمادات المستندية الدولية، والإرادة الصريحة تكون أحد المكونات الرئيسية في توطين العقد وليس العامل الرئيس في هذا التحديد التي هي بالوقت ذاته غير ملزمة للقاضي بصفة مطلقة (H.BATIFFOL) نقلا عن (السيد، عبد المنعم حافظ، ص81) .

فالإرادة لدى فكر النظرية الموضوعية، ما هي إلا عنصر من عناصر أخرى - ويقول البعض "أنه ليس لإرادة المتعاقدين أن تذهب في تحديد القانون الذي يحكم عقدهما مذهباً يناقض التركيز الموضوعي - أو على الأحرى - الفعلي لعناصر العملية التعاقدية، فإن فعلت كان للقاضي أن لا يعتد باختيارهم. (ثابت، عبد الحميد، ص 69). وبناء على ما سبق ونظراً لكثرة الانتقادات التي تعرضت لها النظرية الشخصية من جهة وتراجع المذاهب الفردي مع تدخل الدولة في كثير من أوجه الحياة، برزت النظرية الموضوعية من أجل أن تجعل الإرادة تتوجه نحو القانون وتخضع إليه وتحذ من تمرده وعليه من خلال إخضاعها وفق نظرية الاختيار التنازعي أولاً، ونظرية التركيز الموضوعي ثانياً. وهذا ما سيتم مناقشته في هذا الفصل، حيث سيتم التعرف على نظرية التركيز الموضوعي ونظرية الاختيار التنازعي من خلال التعرف على مضمون كلا منها وتأثيره على الاعتمادات المستندية خلال البحث في التركيز الموضوعي لعقود الاعتمادات المستندية عند عدم الاختيار والبحث في التركيز الموضوعي

لقد لاقت هذه النظرية تأييداً أمام القضاء الفرنسي في حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 6 يوليو 1959 (المنشور في المجلة الانتقادية 1959 تعليق BATIFFOL)؛ وحكمها في 29 يونيو 1971 (المنشور في كلينينة عام 1972، ص 51، تعليق PH.KAHN)، وكذلك الحكم الصادر عن محكمة استئناف بروكسل في 17 مارس 1972 (المنشور في كلينينة 1975، ص 359)؛ وحكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 25 مارس 1980 (المنشور في المجلة الانتقادية 1980، ص 576، تعليق (H.BATIFFOL)).

لعقد الاعتمادات المستندية وفقا لنظرية الأداء المميز ومن ثم التعرف على فوائد، وتقييم نظرية التركيز والاختيار التنازعي في ظل الواقع الصرفي للاعتمادات المستندية، ثم التعرف على نظرية الاختيار التنازعي الطليقة والمقيدة وأثرها على استقرار الاعتماد المستندية، كما أن الباحث سيتطرق في البحث عن النتائج المترتبة على النظرية الموضوعية وأثرها على استقرار المعاملات التجارية الدولية.

ماهية نظرية الاختيار التنازعي:

تقوم هذه النظرية على أن إرادة المتعاقدين تستطيع اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم الدولية حيث أن قاعدة التنازع في قانون القاضي استخدمت إرادة المتعاقدين كضابط للإسناد، وتقوم هذه القدرة على الاختيار التنازعي للقانون الذي يخضع العقد الدولي لأحكامه.(صادق، هشام علي، ص 391) .

وقاعدة الإرادة التي تعد قاعدة تنازع ذات غاية مادية، حيث أن إرادة الأطراف تمثل الضابط الذي يحدد القانون الواجب التطبيق، وهي قاعدة مادية؛ لأن هذا التحديد يتم في ضوء مصالح الأطراف بصورة مباشرة، وهو ما يسمى بالطابع النسبي للجانب المادي في قاعدة الإرادة بمعنى أن الأطراف يستطيعون أن يوسعوا أو يضيقوا بالقدر الذي يحدونه.(فرج، طرح البحور، ص 76) .

إن سلطة الأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق من أجل حكم العلاقة القانونية للعقد المبرم بينهما، هي مستمدة من قاعدة الإسناد وعليه فإن اختيار هذا القانونيكون وفق مارسمه المشرع .(فؤاد، رياض وسامية راشد، ص 323).

ولقد وجد جانب من الفقه وعلى رأسهم الأستاذ السويسري (بروشيه) إن الاستناد إلى مطلق الإرادة لتبرير حق المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق هي مرفوضة ويجب الاستناد في ذلك إلى قوة القانون الذي منح الإرادة القدرة على هذا الاختيار وبناء عليه فإن الإرادة في هذا الاتجاه تقوم على أساس وصفه ضابط للإسناد أقرتها قاعدة التنازع في دولة القاضي

والتي سمحت للمتعاقدين على هذا النحو باختيار القانون الواجب التطبيق في مجال العلاقات العقدية. (السيد، عبد المنعم حافظ، ص 412) .

إلا أن الفقهاء قد تناقضوا في شأن القانون الذي يتعين عليهما الرجوع في شأن وجود الإرادة وصحته، وبمعنى آخر القانون الذي يحكم اتفاق المتعاقدين على اختيار قانون العقد حيث يرى جانب آخر من الفقه أن الاتفاق على القانون الواجب التطبيق عند إبرام العقد الأصلي يعد عقد داخل العقد الأصلي، يخضع في تقرير صحته لنفس القانون الذي يحكم هذا الأخير لقانون الإرادة. (ياقوت، محمد محمود، ص103) .

ويرى جانب آخر إن استقلال هذا العقد عن العقد الأصلي الذي قد يتضمنه، يظل عقد الاختيار بوصفه مجرد ضابط للإسناد تنطوي عليه قاعدة التنازع في دولة القاضي يخضع في أحكامه المادية إلى قانون دولة القاضي، حيث أن قاعدة الإسناد التي تنتمي إليها تكون خاصة بعقود التجارة الدولية، الأمر الذي يتأتى عنه عدم الوقوع في الحلقة المفرغة، إلا أن هذا الاتجاه قد تركته معظم التشريعات، والتي عملت بقانون الإرادة في شأن صحة وسلامة عقد الاختيار. (ياقوت، محمد محمود، ص103). فانه في الوقت الذي يعتد به في اختيار قانون العقد فقد استقرت بعض التشريعات ومنها محكمة النقض الفرنسية وبعض التشريعات ومنها قوانين جمهورية ألمانيا الفدرالية، وبولندا، وسويسرا وهو الاتجاه الذي سلكته اتفاقية (روما) ويكون بالتالي كل الدول الموقع على هذه الاتفاقية ومنها المشرع الأردني الذي يكون لأطراف المتعاقدين الحق في الاختيار اللاحق لقانون العقد مع مراعاة الأوضاع الظاهرة وحقوق الغير، مما يقتضي حماية هؤلاء بحيث لا يسري عليهما التعديل الذي أجراه المتعاقدون لهذا القانون.(صادق، هشام علي، ص437) .

وبناء على ما سبق فإن الباحث يرى أن هذه النظرية عملت على الحد من حرية الأطراف المتعاقدين من خلال تقيدهم لأبل أنها قد فرضت عليهم اختيار القانون التي تراه مناسباً لحكم هذه العلاقة القانونية، وحتى في حال السماح لهم في اختيار القانون الواجب التطبيق لحكم علاقاتهم التعاقدية فإنها في الأغلب الأعم لم تتعرف بهذا الاختيار وذلك من خلال اعتبار هذا الاختيار من الضوابط الاختيارية التي يستطيع القاضي أن يصل من خلالها إلى القانون الواجب التطبيق دون أن يكون ملزماً بهذا الاختيار وخصوصاً في حال عدم الاختيار الصريح وقد سعت معظم التشريعات إلى العمل وفق هذه النظرية .

2. موقف التشريعات من نظرية الاختيار التنازعي:

أخذ المشرع الأردني في نص المادة (20) من القانون المدني الأردني، وكذلك أخذ المشرع المصري في نص المادة (19) من القانون المدني المصري بهذه النظرية حيث إن الإرادة التي يعتد بها في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد هي تلك الإرادة التي يعلنها صراحةً أما بالنسبة للإرادة الضمنية فإن المشرع الأردني لم ينص على ذلك صراحةً وإن مبادئ وقواعد القانون الدولي الخاص تحتم العمل بالإرادة الضمنية، إن هذه الإرادة تمثل حجر الزاوية في نظام القانون الواجب التطبيق في هذا النص، وهذه الإرادة لم يقر المشرع الأردني بتقييده بنص واضح وصريح مما تختلف معها اجتهادات الفقهاء التي توجب في بعضها هذا التقيد. (فرج، طرح البحور، ص 49).

هذا تم حسمه من خلال انضمام الأردن إلى إتفاقية روما لسنة 1980 التي تعتبر بمثابة القانون الدولي الخاص المشترك للعقود، كما يرى الفقيه الفرنسي (ماير) باستثناء العقود التي تم استبعادها من نطاق تطبيق تلك الاتفاقية .

أنه ومن أجل التخفيف من هذه النظرية الجامدة التي لم تستطع مواكبة التطورات الاقتصادية بل على العكس أنه تكدر تعتبر من المعوقات الرئيسة للتطور الاقتصادي والتجاري الأمر الذي دفع بالفقهاء بالتخفيف من القيود المفروضة في هذه النظرية من خلال تقسيمها إلى نوعين .

3. أنواع نظرية الاختيار التنازعي:

نظرية الاختيار التنازعي الطليقة والمقيدة:

إن النظرية الموضوعية الطليقة التي أعطت للأفراد المتعاقدين الحرية في اختيار قانون العقد بصورة مطلقة، وفق ما قرره المشرع لحل مشكلة تنازع القوانين في الالتزامات التعاقدية ذات الطابع الدولي، أدى ذلك إلى خضوع العقد لحكم القانون، ولكن هذا الاتجاه لم يشترط أن يكون هناك صلة ما بين قانون العقد والرابطة العقدية، وذلك بسبب الغاية المتمثلة بحماية المصالح الفردية دون اهتمام بالحد من حرية الإرادة من أجل حماية المصالح العامة من خلال القواعد الآمرة. (صادق، هشام علي، ص 436).

إن النظام العام والنصوص المقررة في قانون المحكمة تضع العديد من القيود على حرية الأطراف هي ملزمة للأفراد المتعاقدين. (الأباصيري، فاروق محمد، ص 114).

كما إن الأمان القانوني والاحترام المتطلب لتوجهات الأفراد يتطلب عدم الإلزام بوجود رابط بين القانون المختار والعقد، فإذا كانت مصلحة المتعاقدين في اختيار قانون دولة محايدة فلا يوجد شيء يمنع من هذا الاختيار، إلا أن الدفع بالغش نحو القانون رغم ذلك هو ضابطا لتصرف المتعاقدين. (بدر، أمين، ص 141).

ولكن هذا الضابط تقتضيه طبيعة التعاقد على المستوى الدولي وتفرضه حاجات التجارة الدولية، لذلك فإن الدفع بالغش نحو القانون لعدم وجود صلة بين القانون والعقد هو أمر ليس صحيحاً وعليه فأن هذه الحرية يجب أن تكون مطلقة ويعتبر تدخل القاضي في تصحيح هذا الاختيار لقانون العقد بدعوى أنه لا يوجد مركز ثقل في العلاقة التعاقدية أو أنه يفتقد الصلة هو أمر مرفوض من أصحاب هذا الاتجاه. (ممدوح، عبد الكريم، ص 167).

الاختيار التنازعي المقيد:

إن هذه النظرية لا تطلق العنان لحرية الأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق لحكم العلاقة التعاقدية والمقصد من ذلك هو عدم التحايل على القانون، وإقامة التوازن بين حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد المقرر بمقتضى قاعدة التنازع ومن جانب آخر ضرورة إسناد هذه الحرية إلى أسس موضوعية ومشروعة مما يحرز عدم إهدار حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم عملاً بقاعدة الإسناد. (السيد، عبد المنعم حافظ، ص 419).

يرى أصحاب هذا الاتجاه إن اختيار قانون الإرادة لا يقوم على مطلق سلطان الإرادة أو على قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص، وإنما على قاعدة من قواعد تنازع القوانين، وعليه فإن قيام المتعاقدين باختيار قانون بعيد عن قاعدة الإسناد في دولة القاضي هو أمر مرفوض؛ لأن قاعدة التنازع في دولة القاضي تسعى إلى فض مشكلة التنازع من خلال قواعد الإسناد، وهي في الأغلب الأعم تكون على اتصال بالقانون الواجب التطبيق، ذلك أن الإرادة تعد معيار الإسناد في قاعدة التنازع التي وضعها المشرع في دولة القاضي من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على الروابط العقدية الدولية. (صادق، هشام علي، ص 425).

الاتفاقيات الدولية الآخذة بنظرية الاختيار التنازعي المطلق:

تعد اتفاقية روما لسنة 1980 من أهم الاتفاقيات التي أخذت بهذا المنطق، حيث أعطت للأفراد سلطة غير متناهية في تحديد القانون الواجب التطبيق على حكم الرابطة التعاقدية ولا يشترط وجود صلة بين العقد والقانون المختار. (عبابنه، علاء، ص 130).

ولكن رغم عدم اشتراطها الصلة، فإن ذلك أدى إلى تطبيق قواعد البوليس في القانون الذي يكون على صلة مع العقد، كما أن اللجان الأوروبية آخذة بالمنطق القائم بأن القانون والممارسة يميل نحو تحرير اختيار القانون من الصلة. (Morgenstern، p 16).

وبذلك يكون الباحث قد تحدث بجزء بسيط عن كل من الاختيار التنازعي المقيد والطلاق وتوصل إلى أن إعمال الاختيار التنازعي المقيد يحد من تطور التجارة الدولية التي تسعى معظم الاتجاهات والتشريعات الفقهية إلى عدم اشتراط وجود رابط أو علاقة بين القانون المختار والرابطة العقدية وإنما يتم الضبط من خلال عدم مخالفة القواعد الأمرة التي يري الباحث من خلال دراسته وبحثه إن اشتراط الصلة والرابط الأوثق تدرج في معظم التشريعات ضمن القواعد الأمره التي لا يجوز الاتفاق على معارضته، ولتأكيد ذلك فإن الباحث سيقوم في القسم التالي بالبحث عن أثر نظرية الاختيار التنازعي المقيد على عقود الاعتمادات المستندية .

نظرية الاختيار التنازعي المقيد في الاعتمادات المستندية.

إنه وفي مجال التجارة الدولية قد لا توجد علاقة عن طريق القواعد التقليدية كمحل التنفيذ أو موطن المتعاقدين أو جنسيتهما، ولكن الصلة تأتي عن طريق عوز التجارة الدولية. (حفيظة، السيد حداد، ص419).

قد تكون الصلة ذات طابع ذهنية أو اجتماعية أو اقتصادية تربط بين العلاقة العقدية والقانون السائد في وسط اجتماعي أو اقتصادي معين فلا يشترط أن تكون الصلة ذات طابع مكاني أو مادي، بحيث تستند إلى عناصر العقد الذاتية أو مظاهره المادية. (صادق، هشام علي، ص 458) .

كما أصبح مألوفاً في التجارة الدولية وجود عقود نموذجية يخضع كل منها لقانون معين منصوص عليه في العقد النموذجي بصرف النظر عن وجود صلة أخرى ومثاله العقود التي وضعها اتحاد تجارة القطن في ليفربول.(عرفه، محمد، ص 411) .

فإذا كانت الصلة كما يرتئي البعض مشروعة أو ذات (فائدة تشريعية) أو (فائدة جادة) أو (فائدة عقلانية)، وقد تكون هذه الصلة مثلاً من الاتفاق على قانون أخر يجيز التعاقد في الاعتمادات المستندية ويمكن أن نجد تأصيلاً لهذا الاتجاه في بعض قوانين الدول الأوروبية ومثال ذلك ما نص عليه تشريع

(Gabon)

حيث يجب أن يتم الاختيار متبوعاً (بفائدة تشريعية) وفي البرتغال حيث يمكن للاختيار أن يحمل فقط على القانون الذي يتوافق مع (الفائدة الجادة) أو يرتبط بوحدة من عناصر الصفقة التي تؤخذ بعين الاعتبار، وفي بلدان أخرى، كالجمهورية الاتحادية الألمانية ضمن مرسوم الحدود المعيارية التعاقدية يتم الرجوع من قبل المحاكم والكتاب لمتطلب (حسن النية) في اختيار القانون، وإذا لم تكن هناك نية احتيالية للتهرب من القانون على هذا الأساس اعتبر البعض بأن حسن النية هو صدى (للفائدة العقلانية). (Morgenstern, p 16).

وبناء على ما سبق فإن جانباً من الفقه يرى إن وجود صلة أو عدمه هو مسألة تقديرية للقاضي، أي أن إرادة الأفراد التي اختارت القانون الواجب لتطبيق لحكم هذه العلاقة منوطاً بتقدير القاضي لها الذي يتعامل مع هذه الرابطة في حال نشوء منازعة وكان الأفراد أصحاب العلاقة قد سكتوا عن تحديد القانون الواجب التطبيق، حيث يعمل القاضي على تركيز العقد وإسناده للقانون الأكثر علاقة به إلا إذا كانت هنالك ضوابط إسناد حاضرة مسبقاً من قبل المشرع لحكم هذه العلاقة. (حفيظة، السيد حداد، ص421).

رغم ما ذهب إليه جانب من الفقه الفرنسي فإن الأفراد أصحاب الرابطة القانونية لهم الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق سواء له صلة أولاً، وقد سارت معاهدة روما بهذا الاتجاه في عدم وجود شرط بين العقد والقانون المختار. (Mayer . p 439).

ويرى جانب من الفقه إن اتفاقية روما في المادة (3/3) والمادة (7/1) فيما يخص عدم وجود صلة بين العقد والقانون المختار هو مقيد بالقواعد الأمرة الوطنية والأجنبية في القوانين المتصلة بالعقد وخصوصاً القواعد المنتمية إلى دولة ثالثة. (Mayer.p 442).

ثانيا : النتائج المترتبة على النظرية الموضوعية وتقييم نظرية الاختيار التنازعي في ظل الواقع
الصرفي للاعتمادات المستندية:

النتائج المترتبة على نظرية الاختيار التنازعي:

يعتبر القيد الوحيد على نظرية الاختيار التنازعي الآخذ بالقواعد الأمرة التي يتضمنها القانون الذي له
مع العقد أكثر العناصر صلة، هذا الأمر رتب العديد من النتائج من أهمها:

1. رغم إمكانية الأطراف المتعاقدين باختيار أكثر من قانون لحكم العلاقة التعاقدية الدولية، وخصوصاً
عندما يشتمل العقد على أوجه مختلفة ذي طابع موضوعي منفصلة، فإن ذلك لا يمنع القاضي من
تطبيق القواعد الأمرة في قوانين الدولة وثيقة الصلة بالعقد رغم تبجيله إرادة الأطراف بالتجزئة.
(فرج، طرح البحور، ص55).

2. إن التعديلات التشريعية الأمرة اللاحقة واجبة التطبيق في حال الآخذ بنظرية الاختيار التنازعي أما
التشريعات المكملة اللاحقة فلا يعتمد بها في حال الاتفاق على استبعاده رغم أن اتفاقية روما عارضت
الاتجاه في التعديلات في القواعد الأمرة أي أنه في حال وجود شرط الرسوخ الزمني فإن القاضي لا
يستطيع تطبيق القواعد الأمرة المعدلة. (ياقوت، محمد محمود، ص123).

3. انصياع تفسير القانون الأجنبي الذي اختاره المتعاقدان لحكم العقد لرقابة محكمة التمييز حيث إن
الخطأ في توضيحه أو تطبيقه يكون متعرضاً للنقض من قبل محكمة التمييز. (عبابنه، علاء، ص143)

4. فقدان القانون المختار خاصيته القانونية إذا لم يكن اختيار هذا القانون بناء على صلة عقلانية أو
ذهنية، وكانت تتركز عناصره القانونية في نظام آخر غير القانون المختار حيث أن العقود الدولية
النسبية تنزل أحكام القانون المختار منزلة الشروط التعاقدية، شريطة عدم اختلافه أو تفاوته مع
القواعد الأمرة في القانون الطبيعي هذا في حال تركز العقد في دولة واحدة

أما في حال عدم تركز العقد في دولة واحدة فإن القانون تبقى له صفته القانونية هذا في حالة كانت هناك دولية مطلقة. (فرج، طرح البحور، ص335).

5. إن سلطان المشرع بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية هي التي بنى عليها تطبيق أحكام القانون المختار من قبل الأطراف المتعاقدين، إرادة المتعاقدين لتعدو أن تكون مجرد ضابط للإسناد يوجه إلى القانون الواجب التطبيق إعمالا للحكم الوارد بقاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية، فإذا اختارت الإرادة هذا القانون فقد تعين إعمال أحكامه الآمرة بوصفه قانون مختصا بحكم الرابطة التعاقدية محل البحث، مما يترتب عليه إبطال العقد في بعض الأحيان. (السيد، عبد المنعم حافظ، ص416) .

6. إن القاضي عندما يطبق القانون المختار فإنه يطبق القواعد الموضوعية منه دون التي تتعلق بقواعد الإسناد الأجنبية لذلك القانون مما يترتب عليه عدم الأخذ بالإحالة. (صادق، هشام علي، ص416) .

تقييم نظرية الاختيار التنازعي:

بعدما تبين لنا أن الإرادة تستمد سلطتها وشرعيتها من القانون وفق منطق هذه النظرية فإن الإرادة تخضع للقانون الذي أعطاه سلطتها وشرعيتها، فالقاضي عندما يبصر قضية ما يتوجه بإرادة المشرع لا بإرادة الأفراد من أجل تلافي التناقض الذي وقعت به النظرية الشخصية بين الواقع والقانون، مما يترتب عليه عدم إخضاع القانون المختار في العقد الأمر المؤدي إلى عدم الخروج على القواعد الآمرة في القانون المختار. (عبابنة، علاء، ص143) .

موقف التشريعات العربية من هذه النظريات :

أولا: المشرع الأردني:

لقد سلك المشرع الأردني مسلك النظرية الموضوعية وذلك في نص المادة (1/20) من القانون المدني الأردني والتي نصت على ما يلي (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد بها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا، فإذا اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد،

هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك). إن مسلك المشرع الأردني كان محض إعمال لفقه النظرية الموضوعية رغم عدم نص المشرع صراحة، سواء تم تعيين القانون الواجب التطبيق لحكم العلاقات الخاصة الدولية بإرادة المتعاقدين أو تم تعيينه عن طريق تركيز الرابطة العقدية بواسطة الضوابط التي حددها المشرع. (عبد العال، عكاشة، ص57).

وعليه فإن العقد يخضع لحكم القانون المعين من قبل الأفراد أو من قبل القاضي أو المشرع عند عدم وجود إرادة صريحة بذلك.

ثانيا : المشرع المصري: لقد إنحاز المشرع المصري إلى المشرع الأردني فيما يتعلق بفكرة النظرية الموضوعية من خلال إخضاع الرابطة التعاقدية في عقود الاعتمادات المستندية لقانون العقد عند الاختيار الإرادي لحكم القواعد الآمرة في ذلك القانون، وبذلك فإن كلا من المشرعين قد انتهج نظرية الاختيار التنازعي المقيدة، هذا في حال وجود الإرادة الصريحة أما في حال غيابها فسيتم البحث في ذلك من خلال نظرية التركيز الموضوعي وصوره في القسم الثالث من هذا الفصل .

ثالثا : نظرية التركيز الموضوعي وتأثيرها على عقود الاعتمادات المستندية .

1. مضمون نظرية التركيز .
2. فوائد ونتائج نظرية التركيز .
3. الانتقادات التي تعرضت لها لنظرية التركيز الموضوعي .
4. التركيز الموضوعي لعقد الاعتمادات المستندية عند عدم الاختيار .
5. ضوابط تحديد القانون الأوثق صلة بعقد الاعتمادات المستندية الدولية .
6. أنواع نظرية التركيز الموضوعي (الأداء المميز) .

1. مضمون نظرية التركيز .

مضمون نظرية التركيز

(التركيز عملية عقدية تركز على ملاحظة العقد والظروف التي تصاحبه ليتم تخصيص مكان له).

(Michel ، p 735).

لقد كان الفضل في ظهور هذه النظرية للفقهاء الفرنسيين باتيفول حيث ظهرت في أفكاره نظرية التركيز الموضوعي. (رياض، وسامية فؤاد، راشد، ص 15).

فسلطان الإرادة يعمل في ميدان تركيز العقد في مكان معين في ضوء عناصر العلاقة القانونية المحيطة بها، أي في اختيار مقره. (عز الدين، عبدالله، ص735).

إن الإرادة تظهر إلى الخارج بجملة وقائع تتصل بمكان معين، مكان إبرام العقد، مكان أو أمكنة تنفيذه، المحكمة المختصة للنظر بالنزاع وغير ذلك من الوقائع، وهنا يكون اختيار أي من هذه العناصر المتعددة للقاضي الذي يكون معبر عنه بشكل يحقق المصالح. (منصور، سامي بديع، ص493).
فالإرادة العقدية هي التي يعود لها أمر تحديد العنصر الذي يكون له في ذهن أطراف العلاقة الأهمية المؤثرة في تركيز العقد وفي تحقيق اقتصاديات العقد بالنسبة لبقية العناصر حسب ما يلائمها أن يجمعوا في هذا البلد أو ذاك الأفعال المختلفة التي تظهر من خلال عملية التعاقد. (منصور، سامي بديع، ص 494).

إن قواعد التنازع التقليدية تختلف عن التركيز المكاني من حيث أن تحديد ضابط إسناد يكون معد مسبقا للعلاقة المطروحة، فمعيار التركيز المكاني هو مجرد معيار مؤداه إسناد العلاقة العقدية لقانون مركزها ويتم ذلك من خلال القاضي حيث يتم تحديده تحديدا نهائيا، ويتم ذلك وفق ظروف وملابسات التعاقد في كل حالة على حدة. (صادق، هشام علي، ص 506).

فالأطراف المتعاقدين يركزون عقودهم في مكان معين دون أن يختار قانون معين يلتزم به القاضي، حيث يقوم القاضي باستخلاص القانون الواجب التطبيق من هذا التركيز القائم على العديد من العناصر من أهمه مكان إبرام العقد أو تنفيذه وحتى الإرادة الصريحة في اختيار قانون معين حيث يتم توطين العقد من خلال هذه الوقائع. (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص 169).

ويشير الأستاذ (باتيفول) على ذلك بقوله: إن الأطراف تحدد فقط مكان إبرام عقدها، وينهض القاضي فيستبطن منه القانون الذي يعمل به حيث جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 1980/5/25 من الإعلان بأنه (إذا كان تحديد مكان إبرام العقد يعتمد على إرادة الأطراف فإنه يعود للقاضي بعد أن يفسر ويؤول بحكم لا يقبل الاستئناف رغبة الأطراف المشتركة فيما يخص تحديد مكان العقد أن يستخلص القانون الذي يطبق على هذا العقد) .

وعليه فإن القاضي لا يرتبط على نحو وثيق بسند الاختيار العقدي كما لو كان يمثل بناء على حرفيته مبدأ للحل القانوني، في حين أنه مجرد عنصر أساسي بطبيعة الحال في تحديد مكان العقد لكنه ليس ملزماً على نحو مطلق من الناحية القانونية وذلك لأن هذا التحديد يبقى مسألة مادية وعليه فيمكن للقضاة إذا لزم الأمر أن يعتبروا أنه لا يستدل بهذا البند مع التحديد الفعلي لمكان العقد، هذا التحديد الذي ينتج من مجموعة أحكامه. (عبابنه، علاء الدين، ص 266) .

يقول أحد الكتاب الإنجليز: (إن نية الأطراف يجب أن تؤخذ في الاعتبار ولكن بمقدار ما تظهر بأن العقد والظروف التي حدث فيها ليست مناقضة للنية). (G.c.Cheshier,204) نقلا عن (عبابنه، علاء الدين، ص 266).

لذلك فلا تطابق بين اختيار قانون معين من قبل الأطراف ليحكم عقدهم الدولي وبين عملية التركيز ذاتها والشروط الذي بمقتضاه يتم تحديد قانون معين وهو وحسب مجرد إمارة على التركيز وإن إدراجه في العقد لا يغير في شيء من المنهج الذي يتبعه القاضي ليكشف عن القانون الواجب التطبيق،

وعليه فإن عملية التركيز تخرج بحل واحد لا يتباين بحسب ما إذا كان هناك اتفاق صريح أم لا على تحديد قانون معين ليحكم العقد الدولي. (عبد العال، عكاشة، ص22).

إن نظرية التركيز الموضوعي تتشابه إلى حد كبير مع نظرية الروابط الأكثر واقعية التي قال بها الفقهاء الإنجليز قبل (باتيفول) وتجد هذه النظرية في أفكار الفقيه الإنجليزي (Westlake). وهو ما اخذ به بعض الفقهاء، حيث تأثرت المحاكم الإنجليزية بنظرية الروابط الأكثر واقعية حيث صدر لها قرار عن محكمة الاستئناف الإنجليزية صادر سنة، (1934) وقرار آخر صدر سنة (1949) حيث لم تعتد بالإرادة الصريحة ولا مكان إبرام العقد ولا مكان تنفيذ ولكن مع المكان الذي يرتبط مع العقد بروابط أكثر حصراً. (Graveson، p208).

ورغم التطابق بين نظريتي التركيز الموضوعي ونظرية الروابط الأكثر واقعية إلا أن جانباً من الفقه الفرنسي يميل إلى نظرية التركيز الموضوعية، وعليه فقد أصدر القضاء الفرنسي في قرار لها عام 1959 لم تات على ذكر التركيز أنه عند غياب الإرادة الصريحة فإن القضاء المعالج للموضوع البحث فيما يتعلق باقتصاد الاتفاقية والظروف المنشئة لها وما هو القانون الذي يجب أن ينظم العلاقات بين المتعاقدين، وهو أخذت به محكمة النقض الفرنسية في حكمه الصادر عام (1972) حيث فسرت محكمة الاستئناف حالة المؤشرات المستنبطة من ظروف القضية نية الأفراد فيما يتعلق بمركز العقد). (عبابنه، علاء الدين، ص 108).

فوائد ونتائج نظرية التركيز:

تعمل هذه، النظرية على ضبط هيمنة الأطراف المتعاقدة على قانون العقد وتحويله إلى مجرد شرط تعاقدى بإدماجه في بنود العقد، والقيام بإجراء أي تعديلات أو تغييرات كأنها شروط تعاقدية، مما يترتب نفاذهم من عنصر الأمر الذي تحتويه قواعد ذلك القانون وتحييدهم لأثر التعديلات التشريعية التي قد تطرأ على تلك القواعد مستقبلاً من قبل واضعيها. (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص171).

إن بطلان العقد طبقاً للقانون الذي اختاره المتعاقدان وفقاً لإرادتهما التي قد تنحصر فقط في تركيز الرابطة العقدية الذي يؤدي إلى بطلانه وفقاً للقانون المختار قد تلافت هذه المشكلة في نظرية التركيز الموضوعي حيث يعتبر اختيار قانون لحكم علاقة معينة فعل مادي، وعليه فإنه ليس من التناقض إن أفعال الأطراف المادية ترتب نتائج لم تكن تتوقعها. (صادق، هشام علي، ص 523).

كما أنها تخضع العقد إلى قانون لأنه من الممكن دائماً تركيز العلاقة القانونية، وهي بهذا تلافت أن يكون هناك عقد بدون قانون. (Mayer , p 433).

لقد عملت هذه النظرية على توحيد النظرة في كل من نظرية التنازع ونظرية العقد من خلال أن العمل القانوني يكون بالبحث عن مركز النقل في العلاقة و إخضاعها بالتالي إلى قانون ذلك المركز، كما تعمل على توحيد النظرة في نظرية العقد عند وجود إرادة ضمنية أو إرادة صريحة عند عدم وجود مثل تلك الإرادة. لذلك فإن تحديد النظام القانوني الأكثر اتصالاً بالعلاقة يتم من خلال تركيز العلاقة التعاقدية .

كما أن هذه النظرية تقلل من أهمية الجدل الفقهي حول أعمال نظرية الإحالة في مجال العقود الدولية، حيث إن النظرية الشخصية تتخوف من تطبيق الإحالة نظراً لمعاكستها لحرية الأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق على عكس نظرية التركيز الموضوعي التي تعطي الصلاحيات للمصلحة الفعلية في حكم العقد التي تتحقق في هذه الدولة. (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص 171).

لقد جاءت نظرية التركيز الموضوعي من أجل الحد من تحايل المتعاقدين على الأحكام الآمرة في قانون الدولة التي يرتبط بها العقد أكثر من غيرها، وتحد أيضاً من التعسف في اختيار قانون معين ليس له أي صلة باقتصاديات العقد وبنيناه. (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص 171).

الانتقادات التي تعرضت لها لنظرية التركيز الموضوعي :

رغم ما جاءت به هذه النظرية من مبررات من أجل تلافي التحايل على الأحكام الأمرة، التي يرتبط بها العقد، وعدم إطلاق حرية الأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق لحكم الرابطة التعاقدية، وإدماجه فيه، والتقليل من الجدل الفقهي حول أعمال نظرية الإحالة في مجال العقود الدولية، ورفع التناقض في مجال العقود الدولية في كيفية حل تنازع القوانين، والتنظيم الموضوعي للعقد إلا أنها تعرضت للعديد من الانتقادات. (سلامه، أحمد عبد الكريم، ص 171).

وفيما يلي أهم هذه الانتقادات :

1. إن مصطلح التركيز الموضوعي ذاته يعتريه الإبهام، فقد يكون المقصود منه ظرف واقعي، الأمر الذي يتطلب استعراض جميع الروابط التي تربط عناصر العقد بمختلف الدول، من أجل اختيار واحدة منها، من أجل تحديد اختصاص قانون هذه الدولة، وهنا إما يراد بها الرابطة أو الصلة القانونية، التي تربط دولة ما بعقد معين، حيث يقوم اختصاص قانون هذه الدولة لحكم الرابطة التعاقدية، وبالتالي فإن التركيز لا يكون سببا له وإنما تعبيرا عن هذا الاختصاص. (P.MAYER) نقلا عن (السيد، عبد المنعم حافظ، ص 83) .

لقد قامت هذه النظرية بتجاهل الإرادة الصريحة للقانون الواجب التطبيق، من خلال جعله عنصراً من عناصر تركيز العقد وهو غير ملزم للقاضي حيث بإمكانه أن يأخذ بهذا العنصر أو يستثنيه، مما يترتب عليها ضياع لقاعدة التنازع، التي جعلت الحق للأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق لحكم علاقاتهم التعاقدية، كما إن ذلك يسبب إرباكا للأطراف، وإخلالا بتوقعاتهم حول ما سيؤول عقدهم إليه. (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص 173).

2. إن غياب الإرادة الصريحة في عقود الاعتمادات المستندية هو الباعث وراء إعمال نظرية التركيز الموضوعي كما يرى البعض، لذلك اعتبره البعض بأنها حيلة لتغيير الحقيقة؛ وذلك لأن مفهوم التركيز يقوم على افتراض، لا يعترف بدور إرادة الأطراف، إلا إذا صادف العملية التركيزية. (عبد العال، عكاشة، ص 24) .

■. التركيز الموضوعي لعقد الاعتمادات المستندية عند عدم الاختيار :

عند عدم اختيار الأطراف لقانون يحكم عقد الاعتمادات المستندية صراحة، وتعذر الكشف عن نيتهم الضمنية في الخضوع لقانون معين، يبدأ الدور القضائي بتعيين قانون العقد وهذا على خلاف ما يراه الفقيه الفرنسي (H.BATIFFOL) الذي ارتبط اسمه بنظرية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية؛ حيث يرى أن نظرية التركيز تعمل سواء في وجود الإرادة أو الاختيار الصريح أو عدم وجوده؛ فهو لا يعترف لإرادة المتعاقدين بأي دور مباشر في اختيار قانون العقد فهي مجرد ضابط للإسناد، يقتصر دورها على توطین العقد وتركيزه في إطار قانوني معين، يساعد القاضي على القيام بهذا التركيز، فالإرادة لا تقوى في حد ذاتها على اختيار قانون العقد، وإنما تقوم بإبداء رغبتها في تركيز العقد مكانياً، وهذا على عكس ما يتجه إليه الفكر القانوني المعاصر، من اعتراف بحق الأطراف في اختيار قانون العقد وكذلك إمكانية الكشف عن نيتهم الأكيدة في اختيار قانون معين لحكم عقودهم، فقط عندما تعدم تلك الإرادة بشقيها الصريح أو الضمني المؤكد، يبدأ دور القضاء في البحث عن القانون الذي يحكم العقد المتنازع فيه. (السيد، عبد المنعم حافظ، ص 167).

بناء على ما سبق فإن إسناد عقود الاعتمادات المستندية يتم وفقاً لقانون الدولة ذات الروابط القوية والأكثر اتصالاً من خلال القيام بعملية توطین هذه الرابطة التعاقدية، التي تتركز فيها أغلبية الروابط، وأكثرها اتصالاً بموضوع العقد. (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص 197).

إن هذه العملية تتطلب مجموعة من الإجراءات من أهمها إسناد عقد الاعتمادات المستندية لقانون الدولة الأكثر اتصالاً بموضوع الرابطة التعاقدية ويتم ذلك من خلال افتراض سكوت الأفراد المتعاقدين عن الاختيار الصريح للقانون الذي يحكمه، وعدم إمكانية الكشف عن إرادة الأطراف المتعاقدين ونيتهم الضمنية المؤكدة، أو أن اختيارهم لهذا القانون كان على نحو غير صحيح، فإنه والحالة هنا لا يستطيع القاضي أن يرفض الفصل في النزاع ولا يستطيع عدم القيام بالبحث عن القانون الواجب التطبيق والاكتماء بتطبيق قانونه الوطني على اعتبار تماثله مع أحكام القانون الأجنبي وهو ما تسمح به النظم الأنجلو سكسونية. (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص 110).

لقد مرت عملية إسناد عقود الاعتمادات المستندية لقانون الدولة الأوثق صلة بعدة مراحل، حيث عمل القضاء الفرنسي في حال عدم الاختيار الصريح لقانون العقد، على الإسناد إلى قانون بلد التنفيذ أو قانون بلد الإبرام، أو قانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك للمتعاقدين، وكان هذا يتم تحت ستار قانون الإرادة المفترضة للمتعاقدين. (صادق، هشام علي، ص 403).

إلا أن هذا الاتجاه تم رفضه ذلك أن البعض يرى أن الإرادة المفترضة وهم ومجاز لأنها تمثل إرادة القاضي الذي يطرح أمامه النزاع ونتيجة ذلك ظهر الإسناد لقانون الدولة الأوثق صلة به دون أن يكون هناك تزييف في الإرادة المفترضة للأطراف المتعاقدين .

وبناء على ما سبق فإن الإسناد يتم إلى قانون الدولة الأوثق صلة فما هو هذا القانون؟ وكيف يتم تحديده في العلاقة العقدية في عقود الاعتمادات المستندية؟ فعملية الاعتمادات بأكملها من البداية وحتى النهاية والتي يشكل خطاب الاعتماد الدور الرئيس فيها، تتعدد فيها العلاقات بين الأطراف المتداخلة فيها، وعليها فإنه لا يمكن أن نقوم بجعل قاعدة الإسناد تعمل على تحديد القانون الواجب التطبيق على عملية الاعتماد بصورة عامة، مما يتطلب إعمال أكثر من قانون،

فخطاب الاعتماد الذي يشكل المحور الرئيس لعملية الاعتماد المستندي قد يتطلب قانون خاص لحكمه وكذلك فإن علاقة البنك المعزز والبنك المصدر قد يتطلب قانوناً خاصاً وهو كذلك بالنسبة لعلاقة البنك مصدر الاعتماد بالمستفيد البائع، كما أن الميزة التي يتمتع بها عقد الاعتماد المستندي المتمثلة باستقلال عقد البيع الأصلي عن عقد الاعتماد المستندي تتطلب خضوع كل عقد لقانون خاص.

إن عقود الاعتمادات المستندية، يغلب عليه الطابع المالي والمصرفي له التي تعتبر من الخصائص التي تميزه عن غيره بالإضافة إلى العلاقة الرباعية التي تضي عليها طابعاً مميزاً يستند من الناحية القانونية إلى طبيعة العلاقة سواء كانت بين البنك أو العميل أو البنك والمستفيد أو العميل الأمر بفتح الاعتماد وبين المستفيد أو بين البنك المعزز والبنك المصدر والبنك المبلغ، حيث أن لكل نوع من هذه العلاقات طبيعة خاصة تحكمه وإن كانت جميعاً تتدرج تحت عقود الاعتمادات المستندية التي لا يمكن حصرها بطبيعة خاصة واحدة وذلك من الصعوبة بمكان وكذلك تميزه من الناحية الاقتصادية إلى العلاقة الائتمانية أو التمويلية .

لذلك فإن تحديد المقصود من القانون الأوثق صلة بهذا العقد، تصادف العديد من الصعوبات والتعقيدات التي تمثل في تغليب أحد طوابع العقد (الطبيعة الخاصة لكل علاقة أو الطابع الائتماني والتمويلي) على الآخر أضافه إلى ذلك الطبيعة المميزة لخطاب الضمان التي تقتصر على طرف واحد هو البنك مصدر الاعتماد أو البنك، على أساس أن كلا من خطاب الاعتماد والتأييد مصدرهما الإرادة المنفردة للبنك مصدر الاعتماد أو مؤيده لذلك فإن التساؤل - عند تحديد القانون الأوثق صلة بعقد الاعتماد المستندي الدولي - هل يقصد به القانون المرتبط بالعقد المحوري وهو عقد البيع أو يكون المقصود هو القانون المرتبط بالاتفاقات التي تدور حول هذا العقد المحوري (الائتمان، البيع، الوكالة، أو الكفالة... الخ .

إن العلاقة الأساسية التي ينبغي الرجوع إليها في تحديد القانون الأوثق صلة بعقد الاعتماد المستندي، تتمثل بعلاقة كل من الأمر والمستفيد بالبنك (قانون دولة البنك) أو قانون مكان الاداءات المرتبطة بها، ويكون بناء على ذلك قانون الدولة التي تنتج فيها العلاقات الاعتمادات المستندية أثارها من التزامات وحقوق لكل من طرفي العقد .

ويتم هذا التحديد (مركز الثقل) في العلاقة العقدية، من خلال عناصر موضوعية، أي بالرجوع لقانون الدولة الأوثق صلة بالعقد موضوعيا وعلى ذلك نصت المادة الرابعة من اتفاقية روما لعام 1980 والتي أدخلت لحيز النفاذ عام 1991 .

ضوابط تحديد القانون الأوثق صلة بعقد الاعتمادات المستندية الدولية :

إنه وفي حال لم يتم الأطراف المتعاقدين باختيار القانون الواجب التطبيق لحكم رابطتهم التعاقدية اختياراً صريحاً أو في غياب الاختيار الضمني المؤكد، وقام القاضي الناظر بالنزاع القائم في عقود الاعتمادات المستندية بتحديد مركز الثقل في العلاقات العقدية؛ فإنه ومن أجل تحديد القانون الأوثق صلة بعقد الاعتماد المستندي ظهر اتجاهان: يتمثل أولهما: في وضع ضوابط إسناد احتياطية، مرتبة تنازلياً، حيث إن القاضي يتمكن من تحديد القانون الأوثق صلة بالعقد وقد نهجت العديد من التشريعات هذه النهج ومنها المشرع الأردني والمصري، فإذا لم يتوافر أولها، يأخذ القاضي بالضابط التالي وهكذا، فعلى سبيل المثال فإنه في القانون المدني الأردني في نص المادة (1/20) وتقابلها المادة (19 /1) مصري" يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا مالم يتفق المتعاقدان على غير ذلك" و يتضح من هذا النص أن كلا القانونين الأردني والمصري، في حال عرض على القاضي الأردني نزاع يتعلق بعقود الاعتمادات المستندية،

قد أخذ في حال غياب الإرادة الصريحة ولم يتم الأطراف المتعاقدين بتحديد القانون الواجب التطبيق، ولم يتبين من الظروف أنهم أرادوا تطبيق قانون معين، فإنه لن تطبق الضوابط الاحتياطية التي تم وضعها من قبل المشرع الأردني والمصري على الترتيب، قانون الموطن المشترك، فإن لم يوجد، طبق قانون الدولة التي تم فيها إبرام عقد الاعتماد المستندي الدولي، وعليه فإن كلا من المشرعين الأردني والمصري قد حددا مركز الثقل في العلاقة العقدية، وبطريقة مسبقة وهذه الضوابط يطلق عليها ضوابط الإسناد الجامدة.

أما الاتجاه الآخر فقد ترك للقاضي الحرية بتحديد القانون الأوثق صلة بالرابطة التعاقدية مستندا في ذلك إلى طبيعة العقد المعروف أمامه، وحسب ظروف إبرامه، وعناصره المختلفة، حيث إنه ليس بالإمكان إخضاع جميع العقود لضابط إسناد واحد محدد سلفا وذلك بسبب اختلاف طبيعة كل عقد لذلك فإن هذه الضوابط يجب أن تكون مرنة كما يرى هذا الاتجاه وخصوصاً عند تحديد القانون الأوثق صلة بعقد الاعتماد المستندي الدولي وسيتم التعرض لكل اتجاه (الضوابط الجامدة والمرنة) كالتالي :

الضوابط الجامدة:

ففي عقود الاعتمادات المستندية فإنه من النادر أن يقوم الأطراف المتعاقدين بتحديد القانون الواجب التطبيق ليحكم عقودهم، أضف إلى ذلك أنه في الأغلب الأعم عدم قيام البنك المصدر للاعتماد في اعتماده الموجه للمستفيد على خضوع هذا الاعتماد لقانون معين وعليه فإنه يتم إعمال الضوابط الجامدة إن إعمال الضوابط الجامدة يتم في حال غياب الاختيار الصريح أو الضمني من قبل أطراف عقود الاعتمادات المستندية، التي تكون محددة وموجودة مسبقا ومعلومة للأطراف من قبل المشرع وقام بترتيبها، حيث انه في حال عدم توافر أحدهم انتقل القاضي إلى الضابط الذي يليه، وهنا القاضي ملزم بتطبيق هذه الضوابط تباعا ولا يستطيع القاضي أن يعمل أدنى سلطة تقديرية سواء في تحديد مدى انطباق الضابط، أو النتيجة من انطباق هذا الضابط .

وكما أشرنا سابقا فإن المشرع الأردني والمصري قد أورد عدة قرائن تكون مقيدة للقاضي، بحيث لا يجوز له إلا أعمال كلا منهما دون الرجوع إلى قرائن أخرى كمحل التنفيذ أو الجنسية المشتركة إن هذه المواقف لكلا المشرعين كان منتقدا على الرغم من الميزات التي يتمتع به هذا الاتجاه من تقييد لتحكم القاضي، وتوفير العلم المسبق لأطراف العقد به، إلا أن البعض أكد عدم سلامة هذا الاتجاه. (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص 198-199).

حيث إن تفويم المنهج أو الإسناد الذي قدمه المشرع الأردني في المادة (1/20) والتي تم من خلالها تحديد القانون الواجب التطبيق عند غياب الاختيار الصريح بمقتضى ضوابط جامدة، موضوعه مسبقا، تصدق في جميع الفروض، وتطبق بصرف النظر عن طبيعة العقد المتنازع فيه الأمر الذي يجعله تعيق حركة إيجاد الحلول للنزاعات المتطورة وملاحقة مستجدات الفن القانوني، التي تستوجبها العقود الحديثة التي ظهرت ومنها عقود الاعتمادات المستندية، والتي لا ينسبها تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، أو قانون محل إبرامها .

إلا أن المشرع المصري في المادة رقم (24) قد قامت بتلطيف من هذا الجمود من خلال السماح بالاجتهاد لخلق قواعد إسناد جديدة تنطبق بشأن الطبيعة الخاصة، التي يعيقه نص المادة التاسع عشر، وهو ما انتهجه قضاء المحكمة العليا في بعض العقود ذات الطبيعة الخاصة ومنها عقود الاعتمادات المستندية. (عبد العال، عكاشة، ص 61).

وقد نهج هذا المنهج للقضاء المصري العديد من الدول ولكن بصورة أكثر مرونة، من خلال إفساح المجال للقضاء باختيار القرينة المناسبة التي يستدل منها على القانون الواجب التطبيق، وفقا لظروف كل حالة على حده دون أن تتقيد بضوابط معينة تقيد من اجتهاد القاضي الذي يقوم على تحليل ودراسة ظروف هذه الحالة من أجل الوصول إلى تعيين القانون الواجب التطبيق ويتم ذلك من خلال الضوابط المرنة والتي سيتم البحث فيها .

الضوابط المرنة:

إن فكرة الأمان القانوني للمتعاقدين في عقود الاعتمادات المستندية من خلال العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق على العقد في حال عدم الاختيار الصريح، وضبط لتحكم القاضي المختص عند تحديده للقانون الأوثق صلة بالعقد، رغم هذه الميزات إلا أن ذلك لا يتواءم مع الطبيعة الخاصة لعقود الاعتمادات المستندية الدولية، كما أنها تتعارض مع فكرة القانون الأوثق صلة بالعقد، لذلك إن الطبيعة الخاصة لعقود الاعتمادات المستندية وظروفه الواقعية يتطلب الأخذ بضوابط مرنة .

وقد برز في هذا النهج اتجاهين :

يتم في الاتجاه الأول وضع ضوابط مرنة وفقاً لنظرية (Batiffol) وإسناد العقد لقانون الدولة الأوثق صلة به، يتم من خلال ظروف التعاقد وملابساته وفي كل حالة على حدة وبذلك أخذ القضاء الفرنسي قبل دخول اتفاقية روما حيز التنفيذ لسنة 1980 التي أدخلت حيز التنفيذ في أول إبريل عام 1991 . إن هذا الاتجاه يرى أن دور الإرادة يقتصر على تركيز العلاقة القانونية بمكان معين، حتى في حال الاختيار الصريح وقد تم التحدث سابقاً عن هذا الاتجاه وفي ذلك الكلام كفاية . إلا أنه بالرغم من الإيجابيات العديدة الواضحة لهذا الاتجاه وخصوصاً ميزة تفادي الإسناد الجامد والمحدد سلفاً والسعي لتحقيق العدالة على نحو أفضل. (صادق, هشام علي، ص 361) .

فهي تحقق، الأمان القانوني الذي يسعى إليه الأطراف المتعاقدون في الاعتمادات المستندية، والذي هو الهدف والغاية التي تسعى إليه قواعد القانون الدولي الخاص، من خلال عدم قدرة الأطراف المتعاقدين على معرفة القانون الواجب التطبيق الذي يحكم رابطة التعاقدية وذلك في ضوء الظروف الواقعية والتي قد يصعب معرفتها والإلمام بها، وما الذي سيتوصل إليه القاضي منها. (ياقوت، محمد محمود، ص478).

وبناء عليه كان التوجه نحو نظرية التركيز الموضوعي للعقد بمقتضى فكرة الأداء المميز، كضابط إسناد مرن من خلال اتفاقية روما لسنة 1980 والتي دخلت حيز التنفيذ سنة 1991 ، والتي تحقق للمتعاقدین العلم المسبق بالقانون واجب التطبيق على العقد، بمقتضى تحديد الشخص المدين بالأداء الأكثر تميزا في العقد والقول بأن قانون الدولة التي يقيم فيها هذا الشخص هو الواجب التطبيق، فهل فكرة الأداء المميز حققت المرونة المطلوبة لعقد الاعتمادات المستندية للإجابة عن هذا التساؤل نخصص المبحث التالي لدراسة نظرية الأداء المميز .

أنواع نظرية التركيز الموضوعي (الأداء المميز) :

أولا : مضمون نظرية الأداء المميز .

ثانيا: مميزات هذه النظرية.

ثالثا: تطبيقات هذه النظرية.

رابعا: الاستثناء على هذه النظرية .

خامسا : نظرية الأداء المميز في ظل واقع الاعتمادات المستندية.

سادساً : تطبيقات نظرية الأداء المميز على عقود الاعتمادات المستندية .

1.مضمون نظرية الأداء المميز:

إن نظرية الأداء المميز هي صورة من صور التركيز الموضوعي للعلاقة العقدية إلا إنها تختلف مع ذلك عن نظرية التركيز كما عملها كل من القضاء الإنجليزي والفرنسي، فالتركيز حسب نظرية الأداء المميز ينصب على طبيعة الرابطة العقدية الذاتية لا مكان فيه لأي عنصر شخصي دون بحث في إرادة الخصوم، ودون البحث عن أي عنصر خارج العلاقة، بخلاف نظرية التركيز الموضوعي التي ينصب على طبيعة الرابطة العقدية و ظروف وملابسات بطبيعته كل على حدة.

فكرة الأداء المميز - بصفة عامة - من الأمور التي يصعب أن نضع لها تعريفا جامعاً مانعاً، أو نصيغ لها قاعدة تجمع السمات الرئيسية لها؛ وإنما يتوقف الأمر على تحليل كل عملية تعاقدية، للوقوف على طبيعة الأداء المميز أو الأكثر تمييزاً فيها، بمعنى أن هذه الفكرة تعني اللجوء عند تحديد القانون الأوثق صلة بالعقد إلى تفريد معاملة العقود الدولية، حسب الوزن القانوني والأهمية الواقعية والفعلية للأداء الأساسي في العقد ومكان الوفاء به، ولما كان هذا الأداء الأساسي، أو الرئيسي ليس سواء في كل العقود الدولية؛ فإنه من الطبيعي أن يختلف القانون الذي يحكمه في كل عقد على حده. (سلامة ، أحمد عبد الكريم، ص 1990).

وهذا الإسناد وفقاً لفكرة الأداء المميز، لا يتم من خلاله إخضاع العقد لضابط إسناد محدد سلفاً (لقانون معين بطريقة مسبقة - بلا تمييز لطبيعة العقد الذاتية) ومن جانب آخر فإنه يأخذ في الاعتبار الخصائص الذاتية لكل عقد من العقود وبناء عليه فإنه لا تضحى هذه الفكرة بإمكانية توقع القانون واجب التطبيق، والقائمة على صرح المرونة. (عبد العال، عكاشة، ص 63).

وعقد الاعتمادات المستندية الدولي، عقد ذي طابع مالي؛ حيث تقوم البنوك بدور الوساطة إذا صح التعبير بين الأمر والمستفيد دون تدخل منها في الجوانب الفنية لهذه العملية؛ حيث تهدف فقط إلى تحقيق الاستثمار وتمويل عملية البيع، أضافه إلى أن ذلك فإن تعدد الروابط وكثرتها في عقود الاعتمادات المستندية أعطى لها صفة خاصة كما أنه من الواجهة القانونية، فإن خطاب الاعتماد، يسيطر عليه التصرف الانفرادي .

إن هذا الطابع المزدوج - المالي وذو طبيعة خاصة - لعقد الاعتمادات المستندية الدولي، أدى إلى اختلاف الفقهاء حول تحديد صاحب الأداء المميز في هذا العقد، بناء على الأخذ أو التغليب لأحد الجوانب على الأخرى فهل صاحب الأداء المميز هو البنك المصدر أو المعزز أو المؤيد، بالنظر إلى الطبيعة العقدية للعقد ؟

2. ماهية نظرية الأداء المميز:

تقوم هذه النظرية على ما مفاده أن المشرع يقوم بإسناد كل طائفة من العقود ذات الطبيعة الواحدة للقانون المناسب لطبيعتها هذه، وهو القانون السائد في محل الأداء المميز. (السيد، عبد المنعم حافظ، ص 428) .

حيث أنه عند انتفاء الإرادة يكون على القاضي لتحديد القانون الذي يحكم العقد أن يعول على عنصر واحد للإسناد عنصر يكشف عن أوثق القواعد صلة بالعقد، عنصر يتغير من عقد لآخر بحسب طبيعة كل عقد وعليه فإن مضمون هذه النظرية تختلف عن نظرية التركيز لدى الأستاذ (باتيفول) أضاف إلى أن مضمون فكرة الأداء المميز في كل عقد ينفرد بأداء يميزه ويحدد خصائصه، ويتحدد هذا الأداء بمقتضى عملية تركيز موضوعي بحث لا مكان فيه لأي عنصر شخصي (للرابطة العقدية). (عبد العال، عكاشة، ص64) .

ولقد أعمل القضاء الإنجليزي هذه النظرية حيث توصل بأن التركيز لا ينصب فقط على الرابطة العقدية، كما هو الحال في نظرية الأداء المميز، والتي يكون فيها التركيز ذاتياً، أي مراعي طبيعة العقد والأداء الجوهرية فيه، وإنما يتم التركيز الموضوعي للعلاقة العقدية وفقاً للاتجاهات القضائية السابق عرضها بمراعاة ظروف التعاقد وملابساته بطبيعة كل حالة على حده، أي بمراعاة عناصر واقعية خارجة عن طبيعة العقد وذاتيته، وهو ما يتصور معه اختلاف القانون الواجب التطبيق من عقد لآخر رغم وحدة طبيعة كل من العقدين وانتمائها لطائفة واحدة من العقود. (السيد، عبد المنعم حافظ، ص429).

لقد جاءت اتفاقية روما تكريساً لنظرية الأداء المميز كقاعدة عامة مبدأ استقلالية الإرادة ويخضع العقد لقانون البلد الذي تربطه به أوثق الصلات عند غياب الإرادة الصريحة أو الناتج على نحو مؤكد من القضية أو ظروف العقد. (Mayer , p 448) .

إن مفهوم خصائص الأداء المميز يربط بين البيئة الاجتماعية والبيئة الاقتصادية التي تشكل جزءاً أو طرفاً. (Noreth and Fawcet , p419).

أضف إلى اعتبار مكان الأداء بإنهاء واحدة من روابط العقد في البيئة الاقتصادية والاجتماعية التي هي جزء منها . (David, p333) .

إن عملية تحديد المقصود بالأداء المميز لا تثير صعوبة، في حال تم تحديد الأداء المميز وفقاً لكل طائفة من العقود واخذ طبيعتها الخاصة، حيث يعتبر المحل الرئيس محل الإقامة المعتاد أو التي فيها مركز الإدارة الرئيس بالنسبة للشخص المعنوي، يعتبر قرينة قوية على أن الدولة التي يكون للعقد رابطة قوية معه بأن قانونها هو الواجب التطبيق هذا في العقود الملزمة لجانب واحد هو التزام ذلك الجانب أما العقود الملزمة للجانبين فيكون المقصود هو التزام تقديم خدمة أو تسليم بضاعة. (بدر، أمين، ص138).

مميزات هذه النظرية:

يرى جانب من الفقه أن نظرية الأداء المميز، والتي تعمل على تركيز موضوعي بحث للروابط العقدية، تعمل مركزاً وسطاً بين الإسناد الجامد لهذه الروابط لقانون دولة الإبرام أو لقانون دولة التنفيذ والجنسية المشتركة والموطن المشترك، وهو إسناد يتميز بالوضوح ويحفظ للأطراف المتعاقدين توقعاتهم من البداية وأن عيبه أنه يفتقد للمرونة التي يتطلبها اختلاف طبيعة الحياة الدولية الخاصة، وبين نظرية التركيز الموضوعي للأستاذ (باتيفول) والتي وإن حققت مرونة في الإسناد في كل حالة على حده وفقاً لظروف التعاقد وملابساته إلا أنها لم تستطع تحقيق الأمان القانوني لعدم قدرة الأطراف المتعاقدين معرفة القانون الواجب التطبيق عند سكوتهم حيث إن هذا القانون لا يمكن معرفته إلا عندما يتصدى القاضي ليحكم النزاع في ضوء ملابسات التعاقد في كل حالة على حدة. (صادق، هشام علي، ص 588) .

إن هذه النظرية تحقق مرونة متطلبه إدراك العدالة حيث أنها تعمل على التمييز في الإسناد بين طوائف العقود ذات الطبيعة المتنوعة. هذا الاختلاف في التركيز لا يؤثر على ظروف التعاقد وملابساته الواقعية في كل حاله على حده، وإنما يرتد على طبيعة الرابطة العقدية ومحل الأداء المميز فيها، مما قد يوفر للأفراد العلم المسبق بقاعدة الإسناد التي تستطيع أن تحدد سلفا القانون الواجب التطبيق على مثل العقد المزمع إبرامه. (السيد، عبد المنعم حافظ، ص 429).

فنظرية الأداء المميز وأن اتسمت بالمرونة لاختلاف صورها حسب كل فئة منها، إلا أنها لا تفتقد مع ذلك الوضوح والتحديد، إذ يمكن في إطار كل فئة من العقود ذات الطبيعة الواحدة - مثل عقود بيع المنقولات - أن تحدد من البداية الأداء المميز فيها بوصفه المعيار المنضبط الذي سيسند العقد وفقا له إلى القانون السائد في محل التنفيذ المفترض لهذا الأداء وهو محل الإقامة المعتاد للمدين به بغض النظر عن الظروف الواقعية والمحيطه بالتعاقد. (السيد، عبد المنعم حافظ، ص 589).

ويتميز هذا الإسناد إلى قانون الدولة التي يوجد فيها المدين بالأداء المميز في العقد محل إقامتها المعتادة ببساطة ويتجاوز المشاكل التي تثيرها أعمال قانون الدولة التي يتم تنفيذ العقد، لاسيما إذا كان هذا التنفيذ يتم في العديد من الدول على قدم المساواة. (السيد، عبد المنعم حافظ، ص 475).

كما يحسب لهذه النظرية أن المدين بالأداء المميز هو في العادة من التجار المحترفين ومن ثم يبدو من المناسب أن يتوحد القانون الواجب التطبيق في شان مجموع عملياته التجارية أو الصناعية للتاجر المدين بالأداء المميز أو مركز إدارته فيما لو كان شخصا اعتبارياً، وذلك بصرف النظر عن محل التنفيذ الفعلي لهذا الأداء. (صادق، هشام علي، ص 590).

إضافه إلى أن تعدد قواعد الإسناد وتنوعها بحسب طبيعة الرابطة العقدية محل الإسناد سيضفي على هذا القواعد طابع الدقة والتفصيل، وهو الطابع الذي أصبح سمة مميزة للتطور الحديث في القانون الدولي الخاص. (صادق، هشام علي، ص 602).

تطبيقات هذه النظرية:

لقد قام القضاء السويسري ببيان أن المقصود بالأداء المميز على أساس موضوعي بحث من كل فئة من العقود ذات الطبيعة الواحدة والتي يمكن أن تتماثل في شأنها فكرة الأداء المميز، بحيث حدد لكل طائفة من العقود قاعدة الإسناد التي تشير إلى اختصاص القانون السائد في محل إقامة المدين بهذا الأداء، وذلك عند سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون العقد. (صادق، هشام علي، ص 586).

وتطبيقاً لذلك، يعتبر العنصر الهام والمميز في عقد بيع البضاعة قيام البائع بتسليم البضاعة، وقانون هذا المكان هو الذي يحكم العلاقة، وذلك على الأساس إن التزام البائع بتسليم الشيء أو المبيع بوصفه الهدف الأساسي من العقد، حيث إن أداء البائع أكثر تعقيداً، فبدون البيع لا يكون هناك شراء، أما التزام المشتري، فهو لا يميز عقد البيع لأن دفع الثمن هو ثمن الأداء المقابل في عقود المعاملات الأخرى. (منير، عبد المجيد، ص 249).

لذلك فإن التزام المشتري بدفع الثمن لا يعتبر الالتزام الأساسي في العقد، لذا فدفع المال رفض كخاصية للأداء بسبب أن هذا ملمحاً شائعاً ومشتركا للعديد من العقود، وعلى النقيض من ذلك توجد بعض العقود يكون الدفع بشكل جوهر الالتزام، وعلى سبيل المثال عقود الإيجارات أو تسديد القروض. (North an Facett, p 492).

أما بالنسبة لعقد الوكالة وعقد التمثيل التجاري، وخصوصاً فيما يتعلق بعلاقة الموكل والوكيل فإن صاحب الأداء المميز في هذا العقد هو الوكيل أو النائب فدوره ايجابي ولا قيمة للوكالة بدون تدخله، ثم أن عقده مع الموكل ينحصر دوره في الإعداد للعمل أو التصرف الذي سيقوم بأدائه، أما من ناحية العلاقة بين الوكيل والغير، فإن صاحب الأداء المميز هو أيضا الوكيل، وعلى ذلك فإن العقد الذي يبرمه مع الغير

يسري عليه قانون البلد الذي يمارس فيه الوكيل السلطات المخولة إليه طبقاً لإرادة الموكل، وعادة ما يكون محل الإقامة العادية للوكيل، وأخذ بهذا الحل القانون الدولي الخاص الإسباني والنمساوي والسويسري. (سلامه، أحمد عبد الكريم، ص203).

أما بالنسبة للحساب الجاري فيطبق قانون البنك الذي تم فيه فتح الحساب الجاري باعتبار أن أداء البنك في عملية الحساب الجاري يعد بمثابة الأداء المميز، وإن المصارف ترتبط بالوسط الاقتصادي الذي تمارس فيه أنشطتها، إما بعمليات البنوك الأخرى كالاتماد المستندي فتخضع لقانون المكان الكائن فيه البنك أو الفرع الذي يقوم بتنفيذ العملية، وهو نفس الوقت يعتبر العنصر الجوهري والمميز لها في العملية فيحكم العقد برمته. (منير، عبد المجيد، ص249).

الاستثناء على نظرية الأداء المميز :

إنه وحسب اتفاقية روما فإن العقد يجب أن يحكم بقانون الدولة الأكثر ارتباطاً معها، ويوجد اتفاق مسبق عام مبنى على مفهوم الأداء المميز مصمم لتعريف الدولة التي يرتبط معها العقد بدرجة قريبة معاً، إلا أنه توجد قاعدة أخرى بان هذا الافتراض لا يجب اعتباره إذا ظهر بأن العقد أكثر ارتباطاً مع دولة أخرى. (Noreth and Fawcet, p 487).

فقد يتعذر على القاضي في بعض الفروض أن يحدد المقصود بالأداء المميز مما يستحيل معه الكشف عن القانون الواجب التطبيق، بل قد تبين له في فروض أخرى أنه رغم إمكانية تحديد هذا الأداء وبالتالي معرفة القانون الواجب التطبيق إلا أن ظروف التعاقد وملابساته تشير إلى وجود قانون آخر أوثق صلة بالرابطة العقدية وهو ما يمنعها معه أساس الافتراض بان محل إقامة المدين بالأداء المميز هو أقرب القوانين صلة بهذه الرابطة. (صادق، هشام علي، ص612).

ففي بعض هذه الفروض الاستثنائية ينبغي الاعتماد بالقانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية والذي تشير إليه ظروف التعاقد، وهذه العودة الاستثنائية لمبدأ الصلة الأوثق تقوم على أساس أن الاعتماد بهذا المعيار الأخير تستند إلى افتراض أنه التعبير الأمثل عن فكرة الصلة الأوثق وهو افتراض يقبل إثبات العكس. (عبد العال، عكاشة، ص 67) .

وبناء على ماسبق فإن اتفاقية (روما) لسنة 1980 وكذلك القانون الدولي الخاص الألماني لسنة (86) حيث تم تحويل القاضي سلطة الخروج الاستثنائي عن قاعدة إسناد العقد إلى قانون محل المميز فيما لو تبين له من ظروف الحال أن هناك قانوناً آخر أوثق صلة بالرابطة العقدية، وللقاضي بدهاءة أن يسند هذه الرابطة أيضاً للقانون الأوثق صلة بها وفقاً لظروف التعاقد وملابساته في الفروض التي يتعذر عليه تحديد الأداء المميز في العقد. (صادق، هشام علي، ص 611).

لذلك فالجزء الذي يمتلك ارتباطاً قوياً مع دولة أخرى ربما بطريقة الاستثناء يحكم بواسطة قانون الدولة الأخرى، فإذا كان الأفراد يمتلكون الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق، فإن المحاكم تمتلك نفس القوة عند تحديد القانون المطبق عند غياب الاختيار، وهذا استثناء عن المبادئ الطبيعية، ويجب ممارسته من قبل المحاكم قليلاً بل نادراً قدر الإمكان. (Noreth and Fawcett, p 489) إلا أن جانباً من الفقه يرى إن هذا الاستثناء الذي ترك المشرع للقاضي سلطة تقديرية واسعة قد تؤدي إلى تحكمه. (بدر، أمين، ص 139) .

ولكن هذا الشرط الاستثنائي يهدف إلى إدخال بعض الليونة في النظام، ولكن له مخاطر في إثارة بعض النقاشات حول اليقين القانوني وتحكم القضاء إذا لم يتم استخدام هذا الاستثناء حصرياً. (Mayer, p 449).

نظرية الأداء المميز في ظل واقع الاعتمادات المستندية :

وبصورة عامة يلاحظ بالنسبة للعمليات المصرفية الدولية، وخصوصاً في عقود الاعتمادات المستندية - إن الاتجاه الغالب في تحديد القانون الأوثق صلة وارتباطاً بها باعتباره القانون الواجب التطبيق، هو إما قانون البنك أو قانون الأداء الأكثر تمييزاً بالعقد وهو مكان التنفيذ الرئيس للعقد - فإذا كان قانون البنك هو قانون مكان التنفيذ الرئيس أيضاً لا تتأثر أية مشكلة في ترجيح أي منها على الآخر، ولكن إذا اختلفا بحيث يكون التنفيذ يتم في دولة غير دولة البنك فإن الاتجاه الغالب فقهاء وقضاء ويذهب البعض مثل علي جمال الدين إلى ترجيح قانون مكان تنفيذ على قانون دولة البنك، على اعتبار أن الأول الأوثق صلة وارتباطاً بالعملية من الثاني وأن التنفيذ هو الأداء الأكثر تمييزاً للعقد بصورة تجعل أهمية وجود البنك طرف في العملية تتضاءل أمام الثقل النسبي لهذا الأداء الأكثر تمييزاً للعقد بصورة تجعل أهمية وجود البنك طرفاً في العملية تتضاءل أمام الثقل النسبي لهذا الأداء، كما أن أهمية هذا القانون تظهر بصورة أكبر عندما يكون طرفاً العملية من البنوك .

تطبيقات نظرية الأداء المميز على عقود الاعتمادات المستندية

إن تحديد القانون المختص وفق نظرية الأداء المميز يتم انطباقه من خلال إحدى الحالات التالية :

أولاً: الحالة التي ينفذ بها الاعتماد المستندي بواسطة بنك واحد حيث تظهر هذه العملية من خلال صورتين حيث يقوم في الصورة الأولى البنك بتوجيه خطاب الاعتماد إلى العميل الذي يقوم هذا الأخير بنقله إلى المستفيد، وهنا تظهر وجود بنك واحد في هذه العملية وهو البنك المصدر وهو البنك المرسل والبنك المنفذ في ذات الوقت، إن ما يقوم به البنك من عملية متعددة بين إصدار خطاب الاعتماد وتسليمه وتنفيذه يشكل الأداء المميز وهذا في حالة لم يكن هناك اتفاق صريح بين أطراف علاقة الاعتماد المستندية .

أما الصورة الثانية التي ينفذ الاعتماد المستندي بنك واحد " هو البنك المصدر للاعتماد " ولكن يشترك في العملية بنك وسيط حيث يمكن أن يكون بنك وسيط فرعا للبنك المصدر أو مرسلا " حيث إن دوره يقتصر فقط على التبليغ وفحص سلامة المستندات من الناحية الظاهرية وبالتالي فإنه يكون غير ملزم بشيء من الاعتماد أو فحص سلامة الاعتماد، وعليها فإن مركز الأداء المميز يكون قانون دولة البنك المصدر بطبيعة المعاملات المصرفية بسبب القيام بتنفيذ الاعتماد .

ولكن في حال قيام أكثر من بنك بتنفيذ الاعتماد المستندي، حيث يكون البنك المصدر مختلفاً عن البنك المنفذ الذي قد يكون البنك المنفذ في هذه الحالة هو "البنك الوسيط " سواء تصرف بوصفه وكياً عن البنك المصدر في دفع قيمة الاعتماد أو قيمة الكمبيالة التي يسحبها عليه المستفيد، أو بوصفه متعهداً تعهداً شخصياً ومستقلاً ونهائياً، بمقتضى تنفيذ الاعتماد وتعهدده هنا يضاف إلى تعهد البنك المصدر حيث يكون للبائع حقاً مباشراً في مواجهة كل من البنكين.(صبحي، قليني جورجيت، ص90) .

إنه في حال الاعتماد المؤيد يحكمه قانون بنك المستفيد الذي يقوم بتنفيذ الاعتماد كما يرى البعض وذلك لعدة أسباب من أهمها أن المستفيد قد يجهل البنك المصدر مما يضعه تحت رحمة المشتري في تقدير مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق كما أن المستفيد يتعرض أكثر من غيره من الأطراف للمخاطر وخاصة إذا لم تكن المستندات مطابقة للاعتماد، حيث يكون المستفيد على علم بهذا القانون أكثر من غيره وبالتالي فإنه في حال عدم الاختيار الصريح يكون قيام المستفيد بتحديد بنك معين كأنما أراد تطبيق قانون دولة ذلك البنك، كما أن مكان التنفيذ يحقق نظرية الأداء المميز. (علم الدين، محي الدين، ص 768).

ولذلك فإن بعض المحاكم ومنها القضاء الإنجليزي قد جعل مكان التنفيذ على أنه الأكثر اتصالاً بعقود الاعتمادات المستندية وخصوصاً علاقة البنك مصدر الاعتماد بالمستفيد وبناء عليه فإن المحاكم الإنجليزية قد جعلت قانون مكان التنفيذ هو القانون الواجب التطبيق على خطاب الاعتماد. (عبد العال، عكاشة، ص 125).

وذلك من خلال قضية قامت بين شركة كويتية وأخرى أمريكية تتلخص في قيام شركة كويتية بالاتفاق مع شركة أمريكية (المدعية مقرها في (Noret Carolina) على شراء بضاعة معينة، حيث تم تسديد جزء من ثمنها واتفق على الوفاء بباقي المبلغ بواسطة اعتماد مستندي، وبناء عليه قامت الشركة الكويتية بالاتفاق مع بنك الكويت الوطني (المدعي عليه) على إصدار خطاب اعتماد من قبل هذا البنك لمصلحة الشركة الأمريكية البائعة، أصدر بنك الكويت الوطني اعتماداً قطعياً لمصلحة المدعية، وكلف بنكاً مراسلاً له وهو بنك (أمريكي) بتبليغ المستفيد المدعية (خطاب الاعتماد من خلال بنك (North) (Carolina) بحيث يكون هذا البنك مخولاً بتنفيذ الاعتماد مع المستفيد.

حصلت الشركة الكويتية (المشترية) على قرار من محكمة استئناف الكويت بمنع بنك الكويت الوطني من الوفاء بقيمة الاعتماد.

وبناء على امتناع البنك الكويتي عن الوفاء للمدعية بقيمة الاعتماد بحجة التزامه بما ورد في قرار المحكمة الكويتية، قامت المدعية بمخاصمة هذا البنك في إنجلترا- لوجود مكتب له يمارس نشاط من خلاله -للمطالبة بإلزامه بالوفاء بقيمة الاعتماد، عارض البنك الكويتي ذلك بحجة أنه ممنوع الوفاء بقيمة الاعتماد بناء على قرار صادر عن محكمة استئناف الكويت، حيث أن خطاب الاعتماد المستندي يخضع للقانون الكويتي وهذا القانون يمنعه من الوفاء بسبب صدور قرار وان تحديد أمر الحجز على هذه الأموال يخضع للقانون الكويتي أيضاً .

إلا أن محكمة الاستئناف الإنجليزية لم تأخذ بما ادعى به البنك الكويتي المدعى عليه، وخلصت إلى اعتبار قانون (North Carolina) هو الذي يحكم خطاب الاعتماد على اعتبار أنه قانون المكان الذي يرتبط به الاعتماد برابطة أكثر واقعية، لأنه في هذا المكان سيتم تنفيذ الاعتماد مع المدعية بموجب تكليف المدعى عليه (البنك الكويتي) (البنك (North Carolina)). كما أضافت المحكمة أنه بالنسبة للديون الناشئة عن الاعتماد المستندي، فهي تختلف عن الديون العادية والتي يقرر مكانها بالنظر إلى موطن المدين، فالديون الناشئة عن الاعتماد المستندي يعتبر مقرها في المكان الذي تكون قابلة للوفاء فيه مقابل تقديم المستندات، وهو في هذه الحالة بنك (North Carolina). وبناء على ذلك قررت المحكمة أن القانون الذي يحكم الاعتماد في هذه الحالة هو قانون ولاية (Carolina North) كما انه قانون موقع الدين محل النزاع، لذلك فلا مجال لتطبيق القانون الكويتي بأي حال من الأحوال أو للاحتجاج بما أصدرته محكمة الاستئناف الكويتية .

وقد أخذت محكمة الاستئناف الإنجليزية بهذا المبدأ في قضية (Power Curber Internationl Ltd. V. Nationl bank of Kuwait s.A. k. (2(1981)LIOYD, Rep.395

وقد تكرر مبدأ الأخذ بقانون مكان التنفيذ لدى المحاكم الإنجليزية بأنه القانون الواجب التطبيق على خطاب الاعتماد استناداً إلى أنه القانون المتصل صلة وثيقة به أكثر من غيره، وهذا ل يقتصر إعماله على النزاعات الناشئة عن خطاب الاعتماد، وإنما يشمل النزاعات الناشئة عن علاقات أخرى تدخل في نطاق عملية الاعتماد المستندي ومثلها العلاقات القائمة بين البنوك المتدخلة في عملية الاعتماد .

وايضاً فإن موقف القضاء الإنجليزي كان بترجيح قانون محل التنفيذ لأنه الذي يحمي توقعات الأطراف وخشية ترك النزاعات دون قانون يحكمها عند صعوبة حكم قانون البنك المصدر ،لذا يجب أن يستقر العمل في المحاكم على تطبيق قانون البنك. (السعيد، سماح ، ص 147).

لقد تبين مما سبق من الفصل الثالث إلى اعتبار العلاقة بين العميل طالب فتح الاعتماد والبنك مصدر الاعتماد وبين هذا البنك وكل من البنك الوسيط مبلغ الاعتماد أو المخول بتنفيذه أو مؤيده جميعها قائمة على علاقات عقدية، مع اختلاف طبيعة ونوع كل عقد في كل حالة فان هذه العلاقات عند عدم الاتفاق صراحة أو ضمناً على خضوعها لقانون معين يتطلب البحث من خلال نظرية الأداء المميز على القانون الواجب التطبيق وقد اختلفت الآراء والاتجاهات بين تطبيق هذه الضوابط على كل العلاقة العقدية في الاعتمادات المستندية ويكون قانون مكان التنفيذ هو اقرب القوانين للانطباق عليها، على اعتبار انه القانون الأكثر اتصال وأن تنفيذه أي العقد يكون الأداء الأكثر تميزاً ، ولكن هذا الاتجاه لم يلق ترحيباً من وجهة نظر الباحث وذلك لتعدد أماكن التنفيذ، التي في اغلب الأحيان يصعب تحديده فعلى سبيل المثال في حال لم يكن البنك المصدر الاعتماد هو منفذه إنما تدخل البنك الوسيط في العملية لم يكن لمجرد التبليغ وإنما لتنفيذ الاعتماد مع المستفيد، فان ذلك يعني اختلاف مكان تنفيذ الاعتماد أصبح مختلفاً، لأنه قد تم تنفيذه في بلد غير بلد الاتفاق وبالتالي فان القانون الواجب التطبيق على علاقة العميل طالب فتح الاعتماد مع البنك مصدر الاعتماد لا يكون القانون نفسه غير أن هذا القانون يكون واحداً بالنسبة لخطاب الاعتماد

ولعلاقة البنك مصدر الاعتماد مع البنك مصدر الاعتماد مع البنك المنفذ، حيث يفترض أن مكان تنفيذ كليهما واحد ومن الممكن إخضاعها لقانون واحد وهو قانون مكان التنفيذ .

لقد أخذت المحاكم الأمريكية بقانون مكان التنفيذ على اعتبار أنه القانون الأوثق صلة وارتباطا بالاعتماد ، حيث تنص المادة 1-105/1 من القانون التجاري الأمريكي الموحد (UCC) على انه في حال غياب الاتفاق بين الأطراف على اختيار قانون يحكم العلاقة بينهم، فإن (القانون التجاري الموحد) يطبق إذا كان له اتصال مناسب بهذه العلاقة. حيث ورد في التعليق الرسمي على هذه المادة أن هذا القانون يكون له اتصال معقول بمعاملة معينة، إذا كان قانون مكان تمام هذه المعاملة أو قانون مكان تنفيذه. ولقد أخذت المحاكم الأمريكية بمبدأ استقلال العلاقات الداخلة في نطاق عملية الاعتماد المستندي فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على أي منها، ولقد ميزت بالقانون الواجب التطبيق انطلاق من هذا المبدأ بين القانون الواجب التطبيق على العلاقة الأصلية بين الأمر بفتح الاعتماد والمستفيد وعلاقة كل من العميل طالب فتح الاعتماد مع البنك المصدر الاعتماد وخطاب الاعتماد الموجه للمستفيد من قبل البنك مصدر الاعتماد من جهة أخرى .

لذلك إذا كانت نظرية الأداء المميز هي من أفضل الحلول على الإطلاق لاختيار القانون الواجب التطبيق في حال غياب الإرادة الصريحة، وأنا أخالف الأخذ بالإرادة الضمنية التي هي احد طرق الأداء المميز فإننا ندعو المشرع الأردني النص عليها صراحة في نصوص قانونه مع العلم أن المشرع الأردني يطبق هذه النظرية ضمناً بما انه موقع على اتفاقية روما لسنة (1980) .

رابعاً: النتائج المترتبة على نظرية التركيز الموضوعي و تقييم نظرية التركيز الموضوعي في ظل الاعتمادات المستندية .

١. نتائج نظرية التركيز :

إن إبقاء المهمة الأساسية للقضاء في استنتاج المركز القانوني من خلال عناصر العقد التي تعتبر الإرادة هي العنصر الأساسي جاء من منطلق الدور غير المباشر للإرادة وحصر ذلك الدور في حدود تركيز العلاقة العقدية في مكان ما إن هذا الأمر يستتبع العديد من النتائج :

إن أعمال القواعد الآمرة في بعض الأحيان يستتبع بطلان العقد المبرم بين الأطراف أو بطلان احد شروطه على الأقل ولو لم يكن البطلان نتيجة قانون اختاره المتعاقدان مما يترتب عليه تطبيق قانون الإرادة حتى لو أدى ذلك إلى بطلان العقد المبرم بين الأطراف. (الفضلي، أحمد، ص 158).

إن فكرة العقد يشكل وحدة واحدة تجعله يتعارض مع ترك الحرية للإرادة في إخضاع العلاقة العقدية إلى أكثر من قانون وبالتالي يجب تقييد الإرادة في هذا المبدأ أضف إلى أن قيام الفرقاء باستبعاد التعديلات التشريعية اللاحقة التي قد تطرأ على القانوني خلف دور الإرادة في عدم الاعتداد بالتعديلات التشريعية اللاحقة لكونه من الأحكام الآمرة في هذا القانون. (منصور، سامي بديع، ص 517).

إن الصفة الدولية للعلاقات الخاصة تبرز نظاماً خاصاً يكون بشكل عام أكثر مرونة، وإيضاً المبدأ القائل بقدرة الأطراف على تحديد القانون المختار مرهون بالصفة الدولية، لذلك فإن استبعاد العقد الدولي من نطاق نظرية التحايل على القانون، حيث إن القانون المطبق لا يعمل به كقانون اختارته الإرادة العقدية، وإنما يفرض نفسه كقانون مركز العلاقة العقدية وإن كان للإرادة دور أساسي في عملية التركيز. (منصور، سامي بديع، ص 517).

لا يجوز للمتعاقدين اختيار قانون منبث الصلة بالرابطة العقدية ولا يجوز أيضا في هذا الصدد الاحتجاج بما قد ينطوي عليه هذا المسلك من إخلال بتوقعات المتعاقدين، ذلك أن واجب هؤلاء أن يتجنبوا من البداية الاختيار غير المنطقي لقانون العقد وعليه فإنه ينبغي على القاضي أن لا يعتد بالقانون الذي عينته إرادة المتعاقدين إذا لم يكن مرتببا بالعقد بصلة معقولة، فعليه أن يطبق على الرابطة العقدية القانون الذي يتعين تطبيقه فيما لو سكتوا من البداية عن اختيار قانون العقد. (منصور، سامي بديع، ص 496).

تقييم النظرية في ظل واقع الاعتمادات المستندية :

إن فكرة اليقين القانوني والأمان القانوني الذي ينشده المتعاقدون، لعدم معرفتهم بما ستؤول إليه المحكمة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق الذي سيحكم الرابطة التعاقدية، حيث إن القاضي الذي يقوم بتحديد هذا القانون إنما يقوم بذلك في ضوء ظروف واقعية قد تكون مبهمة فيما سيتوصل القاضي ويستخلصه منها، وهو كان الدافع وراء بعض التشريعات إلى اعتناق نظرية الأداء المميز وهذا ما سيتم البحث فيه من خلال نظرية الأداء المميز .

إن إسناد العقد في حالة سكوت الإرادة عن الاختيار الصريح للقانون الذي يحكم الرابطة العقدية بما يسمح بتحديد القانون الواجب التطبيق في شأنها على أساس إسناد مسبق يصون توقعات المتعاقدين . (ياقوت، محمد محمود، ص 140).

كما أن أعمال التركيز على النحو السابق لا يمكن في ظل التشريعات التي تضع قاعدة إسناد تخول للإفراد سلطة تحديد القانون الذي يحكم عقدهم في ظل هذه التشريعات ومنها المصري و الأردني والفرنسي، منذ دخول معاهدة روما حيز التنفيذ سنة (1991) ، إن نظرية التركيز عند أعمالها يوفق لنهج هذه الدول،

يؤدي إلى العديد من التناقضات التي يعتبر من أهمها تهديد قاعدة الإسناد التي قررت للأطراف المتعاقدين في العقد الدولي حق تحديد القانون الواجب التطبيق. (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص369).

يرى جانب من الفقه بأن أعمال نظرية التركيز الموضوعي لا يكون إلا في حال غياب الإرادة الصريحة، أو في حال عدم القدرة على الوصول إلى الإرادة الضمنية، وبناء عليه فإن قيام القاضي بتجاوز الإرادة الصريحة أو الضمنية أمر لا يجوز بغض النظر عن الاختيار الصريح للقانون بحجة انه ليتقابل مع التوطين أو التركيز الموضوعي للعقد. (سلامة، أحمد عبد الكريم، ص369) .

إلا أن اتجاهاً فقهياً يقوده الأستاذ الفرنسي (باتفيول) عمل على الاعتداد بالإرادة الصريحة من خلال الاختيار الصريح لقانون العقد، بغض النظر عما يؤدي إليه التركيز الموضوعي للرابطة التعاقدية في حدود معينة، وذلك من خلال الاختيار ما بين القوانين ذات الصلة الأوثق، من خلال الأحداث المادية التي تحيط بالعقد وذلك تأكيداً لفكرته الأساسية التي اعتبرت الاختيار الصريح لقانون العقد مجرد عنصر من عناصر تركيز الرابطة العقدية لا يلزم القاضي إذا ما شكل خروجاً على مقتضيات التركيز المكاني للعقد. (ياقوت، محمد محمود، ص143).

وبناء على ماسبق من اتجاهات فقهية فإن ذلك له أثراً كبيراً في أعمال هذه النظريات على عقود الاعتمادات المستندية من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق ، فهذا النوع من العقود التي تتعدد فيه الروابط التعاقدية أضافه إلى اختلاف أماكن تنفيذها كما أن كل من الأمر والمستفيد يقبع كل منهم في دولة مختلفة وكذلك اختلاف أماكن أعمالهم واختلاف أماكن تعاقدتهما كل ذلك يؤدي، إلى عدم إمكانية ضبطه إلا من خلال نظرية التركيز وخصوصاً عند سكوت الأفراد عن الاختيار فعبارة (يجب أن يكون هذا الاختيار صريحاً أو مستمداً بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد) وبذلك أخذت اتفاقية روما بنظرية التركيز الموضوعي للكشف عن الإرادة الضمنية. حيث تقوم بالاستعانة بها من أجل الوصول إلى أن العقد وعناصره تتركز في إقليم دولة واحدة .

وبالرغم من ذلك فإن نظرية التركيز الموضوعي تبرز في حال سكوت الأفراد عن الاختيار وعلى القاضي أن يقوم بتوطين العقد طبقاً لهذه النظرية، وهنا يجب أن يكون توصله من خلال نصوص العقد وظروف التعاقد تأكيداً أنه لا لبس فيه ولا غموض. (فرج، طرح البحور، ص 323).

الفصل الخامس
الخاتمة
النتائج والتوصيات

الفصل الخامس

الخاتمة

لقد سعت هذه الدراسة إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاعتمادات المستندية في ظل نقص تشريعي من المشرع الأردني عن وضع تنظيم قانوني يعمل على تحديد القواعد القانونية الواجبة التي تأتي في حال نشوء نزاع في هذا النوع من العقود، الذي يلعب دوراً هاماً في التجارة الدولية التي تعاظمت وازدهرت حركته التجارية الخارجية التي تتم بين تجار من دول مختلفة ومن جنسيات متعددة، فقد ظهرت الاعتمادات المستندية كأداة مصرفية تعمل على تسهيل التجارة الدولية التي لا تتم مادياً مباشرة وإنما بواسطة المستندات الممثلة للبضاعة، والأمر في الحقيقة لم يقف عند هذا الحد نتيجة ظهور صعوبات تعاقدية وأخرى تشريعية، كما أن بعد المسافة كان وراء الدافع إلى صعوبات في إتمام عملية التعاقد الذي يتم غالباً بين أطراف من دول مختلفة، وصعوبات تشريعية تختلف في عدم وجود القوانين التي تعالج موضوع الاعتماد المستندي، وإنما الاعتماد والاقتصار على النشرات الدولية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس وأهمها النشرة (600) لسنة 2007 ونشرة (ISP) ونشرة (UN convection) حيث تطرق القانون التجاري الأردني لبعض الجوانب من عقد الاعتماد المستندي، وكان حري بالمشرع الأردني أن يتوسع في معالجته من جميع الجوانب، وأخيراً صعوبات قضائية حيث إن أطراف عقد الاعتمادات المستندية الدولية لا يخضعون لقانون واحد لاختلاف الجنسية فيما بين أطرافها هذه من جهة وصعوبات تحديد المحكمة المختصة من جهة أخرى

إن عقود الاعتمادات المستندية بما تمثله من خصائص مميزه والتي يعتبر استقلال عقد البيع عن عقد الاعتماد المستندي أعطها صفة خاصة ثارت معه مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق التي تعددت الآراء الفقهية حول تحديد القانون الواجب التطبيق حيث يرى الباحث أن هذه المسألة يجب أن يتم تحديدها وفق نظرية الأداء المميز في حال لم يكن هناك اختيار صريح وواضح مع ضوابط معينة تحدد لتحديد من تحكم القاضي من خلال إخضاعه لرقابة محكمة التمييز .

وتضمن هذه الدراسة تحديد الطبيعة القانونية لعقد الاعتمادات المستندية الدولية، من خلال عرض الاتجاهات الفقهية بخصوص هذا الموضوع التي لوحظ فشلها في تفسير بعض الجوانب ونجاحها في تفسير بعض الجوانب القانونية لخطاب الاعتماد وأهم هذه النظريات نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ونظرية الوكالة ونظرية الكفالة، ونظرية الإرادة المنفردة، والذي خلصنا بأنه تعاقد من نوع خاص .

لقد سعت هذه الدراسة إلى التعرف على منهجية وآلية حل النزاعات الخاصة الدولية بعقود الاعتمادات المستندية هذه الآلية ومن منطلق الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الاعتمادات المستندية كشفت لنا أن معظم المشرعين في مرحلة تكييف العلاقة القانونية قد أعطت القاضي الصلاحيات من أجل إجراء التكييف القانوني الذي يبين طبيعة العلاقة القانونية متناسية حق الأفراد بتحديد القانون الذي يقوم القاضي بناء عليه بتحديد القانون الذي يخضع له التكييف حيث توصلت الدراسة إلى أنه من حق الأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الاعتمادات المستندية الدولية فان من حقهم اختيار القانون الذي يتم له الخضوع في تكييف رابطتهم التعاقدية .

وكما أن موضوع هذه الدراسة هو البحث عن القانون الواجب التطبيق على عقود الاعتمادات المستندية، لذلك كان لابد من الكشف عن دولية العلاقة القانونية، فالعقد الدولي هو العقد الذي يحكم طبيعته ينتمي بعناصره الذاتية الفعالة لأكثر من نظام قانوني واحد، حيث تم توصل إلى أن المعيار المختلط هو الذي

يصلح لعقود الاعتمادات المستندية

بحيث يكون على القاضي الأردني أن يستعين بهذا المعيار للكشف عما إذا كنا بصدد علاقة دولية وما يستتبع ذلك من تحريك لقواعد الإسناد لمعرفة القانون الواجب التطبيق، وإخضاع سلطة القاضي لرقابة محكمة التمييز.

لقد سعى الباحث في تحديد القانون الواجب التطبيق ببيان أهم النظريات التي حكمت تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال البحث في النظرية الشخصية التي أعطت المجال الواسع باختيار القانون الواجب التطبيق إلا أن هذه النظرية التي أطلقت العنان لحرية الأفراد في وضع ما يشاءون من بنود اتفاقية وتحديد القانون الواجب التطبيق، هذه الإطلاق استغل من قبل بعض الأطراف المتعاقدين في التوغل على سلطة القانون وتغليب مصالحهم الشخصية على مصالح المجتمع بطريقة سببت العديد من الأزمات الاقتصادية والتهرب من دفع الضرائب مما دفع العديد من التشريعات وضع ضوابط على هذه الحرية وتقيدته في بعض المواد مثل عدم مخالفة النظام العام وقد قام الباحث بالبحث ودراسة أهم هذه النظرية التي تعتبر نظرية الاختيار التنازعي المقيد من أهمها وذلك لما تقدمه للمجتمع والأطراف المتعاقدين من توفيق بين مصالحهم حيث أن قدرة الأفراد في تحديد القانون الواجب التطبيق ترجع إلى سلطان القانون وليس إلى سلطان العقد شريعة المتعاقدين هذا التقيد يتم من خلال الخضوع للقواعد الأمرة التي لا يحق للأطراف المتعاقدين الاتفاق على مخالفته بالإضافة إلى وجوب أن يكون هناك صلة أو رابط بين القانون المختار والرابطة التعاقدية .

لقد كشفت دراستنا أيضا أن نظرية التركيز - والتي لا يتم العمل بها إلا في حالة عدم الاختيار الصريح كما برىء الفقه الغالب - تنسجم مع عقود الاعتمادات المستندية الدولية .

إن حق الأطراف المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق يتم وفقاً لنظرية الاختيار التنازعي ولكن في حال عدم الاختيار فإن أعمال نظرية تركيز العقد هي التي تتم من قبل القاضي الناظر في موضوع الدعوى .

لقد سعت هذه الدراسة للبحث عن وسائل ومنهجية غير منهجية تتنازع القوانين إلا أن الواقع العملي والتطبيق أثبت عدم قدرة هذه الوسائل والتي يعتبر من أهمه العقود النموذجية والتحكيم حيث لن تستطيع إيجاد حل متوازن لمشكلة تنازع القوانين مما جعل الباحث يصل إلى رأي قدرة منهجية تنازع القوانين على التوصل للقانون الواجب التطبيق ليحكم المنازعات الناشئة عن الاعتمادات المستندية الدولية .

كما أن الدراسة قد كشفت قصور في الأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية عن معالجة مشكلة تنازع القوانين وعدم إلزامية هذه القواعد إلا في حال النص عليها صراحة .
إن قاعدة قانون الإرادة يسري على الالتزامات التعاقدية بشكل عام، حيث أن القانون المختار يحكم جميع المسائل المتعلقة بالعقد من حيث التكوين وأثره وانقضائه، ويتم ذلك من خلال قواعد الإسناد التي نظمها المشرع الأردني في نص المادة (20 / 1) حيث قيد المشرع الأردني في حال غياب الإرادة الصريحة بالتزام بما هو مقرر في نص المادة .

وبناء على ماسبق فإنه وعلى الرغم من وجود مجموعة من القواعد المستقرة عليها في التشريعات المختلفة بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاعتمادات المستندية، فإن هذه القواعد يتم تطبيقها وفق منهجية كل دولة بما تحقق مصالح أفرادها .

لذلك فإن تعاملنا مع القانون الواجب التطبيق على عقود الاعتمادات المستندية في القانون الأردني يتم استنادا إلى القواعد المقررة المستقرة في القانون المدني الأردني والاتفاقيات والمعاهدات الخاصة الدولية النازمة للقانون الواجب التطبيق على العقد باعتبار أن هذه القواعد تشكل عرفا دوليا، والعرف هو أحد مصادر التشريع في الأردن.

لقد توصلت هذه الدراسة إلى أن قانون الإرادة الذي يستند لنظرية الاختيار التنازعي هو الذي يحكم العقد وعدم تأثير القواعد الموضوعية على منهج التنازع ، باستثناء المعاهدات الدولية التي تطبق قبل أية قواعد وطنية في حال كان مصادقا عليها من قبل الدولة .

كشفت هذه الدراسة أن ضوابط الإسناد الجامدة والمعمول بها من قبل بعض التشريعات العربية في حال عدم الاختيار الصريح يتم العمل بها، قد يعبر عن مركز النقل في العلاقة التعاقدية، وتم تلافي هذا الجمود من خلال نظرية الأداء المميز التي تحقق المرونة المطلوبة بالإضافة لليقين القانوني.

أولا :- النتائج

بما أن العديد من التشريعات ومنها التشريع الأردني لم ينظم عقود الاعتمادات المستندية في نصوص تشريعية، فإن تنظيمه يتم من قبل الأطراف في أن ترك لهم حرية الاتفاق في عمليات الاعتماد المستندي ولكن ضمن ضوابط معينة من أهمها عدم مخالفة النظام العام والآداب .

لقد عملت بعض التشريعات ومنها القانون التجاري الأمريكي الموحد في المادة (5) والقانون التجاري العراقي رقم (30) لسنة 1984 والتشريع التونسي لسنة 1961 والقانون التجاري الكويتي لسنة 1980 وقد أخذ به كذلك مشروع القانون التجاري المصري (م282-289) على تناولها في بعض أحكامه.

وفي ظل غياب النصوص التشريعية ولطبيعة القواعد التي تحكم الاعتماد المستندي كونها أعرافا تختلف من دولة لأخرى، ورغم المحاولة من قبل غرفة التجارة الدولية إلى جمع هذه الأصول والأعراف الموحدة بعد أخذ رأي كافة أصحاب الشأن المتدخلين فإن الغموض واللبس لا زال يكتنف هذه النشرات وخصوصاً في تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يتطلب الرجوع إلى التشريعات والقوانين الوطنية، التي لا زالت يكتنفه عدم الوضوح ومنها التشريع الأردني الذي عمل على فض مشكلة تنازع القوانين من خلال وضع قواعد قانونية تتمثل في نص المادة (20 / 1) هذه المادة التي يكتنفها الغموض والقصور تحتاج إلى إجراء الكثير من التعديلات حتى تتواءم مع متطلبات التجارة الدولية وخصوصاً في عقود الاعتمادات المستندية الذي يشكل هذا النص عائقاً لها وفي تحقيق الغايات المطلوبة منها، ذلك أن علم المتعاقدين بأن القضاء يعجز عن حل مشاكل تنازع القوانين الناشئة عن الاعتمادات المستندية يؤدي إلى عدم تشجيعهم على إنشاء مثل هذا النوع من العقود.

وانطلاقاً من ذلك ندعو المشرع الأردني إلى إصدار قانون ينظم الاعتمادات المستندية الدولية كما ندعو المشرع الأردني لإجراء تعديلات تشريعية في نص المادة 1/20 وذلك وفق ما يلي (يسري على الالتزامات التعاقدية القانون الذي يتفق عليه الأطراف المتعاقدين صراحة، أو يتبين من الظروف المحيطة بالعقد أو من البنود الموجودة فيه بما لا تجعل مجالاً للشك واللبس إن هذا القانون المختار)

كما ندعو المشرع الأردني إلى إسقاط ضابطي الإسناد الاحتياطي الذي جاء بهما وذلك لأنهما لا يتماشيان مع عقود الاعتمادات المستندية الدولية والإتيان بنص مستوحى من اتفاقية (روما) مؤداه أنه (يحق للأفراد في أي وقت إخضاع العقد لقانون آخر غير الخاضع له من قبل شريطة احترام حقوق الغير).

عقد ندوات ودورات (ورشات عمل عن طريق المؤسسات القانونية المهتمة بهذا الموضوع وأفراد المؤسسات المالية كالبنوك وذلك لإظهارهم وتوعيتهم القانونية لأهمية تحديد القانون الذي يحكم عقد الاعتمادات المستندية.

نقترح في عقود الاعتمادات المستندية أن يضمنوا عقدهم بندا واضحا وصريحا لا لبس فيه ولا غموض يحدد الاختصاص التشريعي، لحل الخلافات الناشئة عن العلاقات الناشئة عن عملية الاعتمادات المستندية، وذلك تلافيا لتدخل المشرع من جهة وتحكم القاضي من جهة أخرى في البحث عن الإرادة المفترضة الذي يؤدي إلى إعمال قانون آخر قد لا يرغب المتعاقدان إعمالها في حال نشوء نزاع .

ثانيا :التوصيات

وانطلاقا من ذلك ندعو المشرع الأردني إلى إصدار قانون ينظم الاعتمادات المستندية الدولية كما ندعو المشرع الأردني لإجراء تعديلات تشريعية في نص المادة 1/20 وذلك وفق ما يلي (يسري على الالتزامات التعاقدية القانون الذي يتفق عليه الأطراف المتعاقدين صراحة، أو يتبين من الظروف المحيطة بالعقد أو من البنود الموجودة فيه بما لا تجعل مجالاً للشك والبس إن هذا القانون المختار) كما ندعو المشرع الأردني إلى إسقاط ضابطي الإسناد الاحتياطي الذي جاء بهما وذلك لأنهما لا يتماشيان مع عقود الاعتمادات المستندية الدولية والإتيان بنص مستوحى من اتفاقية (روما) مؤداه أنه (يحق للأفراد في أي وقت إخضاع العقد لقانون آخر غير الخاضع له من قبل شريطة احترام حقوق الغير).

عقد ندوات ودورات (ورشات عمل عن طريق المؤسسات القانونية المهتمة بهذا الموضوع وأفراد المؤسسات المالية كالبنوك وذلك لإظهارهم وتوعيتهم القانونية لأهمية تحديد القانون الذي يحكم عقد الاعتمادات المستندية.

نقترح في عقود الاعتمادات المستندية أن يضمنوا عقدهم بندا واضحا وصريحا لا لبس فيه ولا غموض يحدد الاختصاص التشريعي، لحل الخلافات الناشئة عن العلاقات الناشئة عن عملية الاعتمادات المستندية، وذلك تلافيا لتدخل المشرع من جهة وتحكم القاضي من جهة أخرى في البحث عن الإرادة المفترضة الذي يؤدي إلى إعمال قانون آخر قد لا يرغب المتعاقدان إعمالها في حال نشوء نزاع .

تم بحمد الله

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية :

1- المؤلفات :

- إبراهيم، أحمد إبراهيم (1980). الوجيز في القانون الدولي .
- إدوار، عيد، (1989). موسوعة أصول المحاكمات المدنية والإثبات والتنفيذ. مطبعة نمم بيروت.
- البستاني، سعيد(2004). القانون الدولي الخاص: منشورات الحلبي، بيروت، لبنان.
- الأباصيري، فاروق محمد .(2002). عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت، الإسكندرية : دار الجامعة الجديدة للنشر.
- أبو العلا، علي أبو العلا النمر (1999). مقدمة في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية.
- تناغو، سمير عبد السيد،(1974). النظرية العامة للقانون، الإسكندرية: منشأة المعارف .
- بهنسى ،محمد حمدى محمد،(2004). دور الإرادة الفردية في حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير العقدية دراسة تحليلية في مجال القانون الدولي الخاص، القاهرة : دار النهضة العربية .
- ثابت، عبد الحميد: بعض دروس في تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في القانون المصري، بدون نشر.
- جابر، جاد عبد الرحمن، (1966)، تنازع القوانين: دار النهضة العربية، القاهرة .
- الجمل، جمال جويدان، (2002). تشريعات مالية ومصرفية: دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان .
- حافظ، ممدوح عبد الكريم ، (1977) . القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن: دار الحرية للطباعة، بغداد، الطبعة الثانية.
- حامد، مصطفى، بدون سنة نشر. القانون الدولي الخاص العراقي .
- حبيب، ثروت، (1995). دراسة في قانون التجارة الدولية :المنصورة .
- الحكيم، عبد المجيد، (1993). الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون العراقي والقانون المدني في الالتزامات والحقوق الشخصية -مصادر الالتزام: الشركة الجديدة للطباعة - عمان .

- الداوودي، غالب، (2010). القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية دراسة مقارنة: دار وائل للنشر. عمان
- الداوودي، غالب، (1982). القانون الدولي الخاص والجنسية والمواطن ومركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي -الجزء الاول -:مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل .
- ديب، فؤاد، (1986).القانون الدولي الخاص،تنازع القوانين:منشورات جامعة دمشق.
- رياض فؤاد، راشد وسامية، (1990) .أصول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي: دار النهضة العربية ، القاهرة .
- السنهوري، عبد الرزاق، (1964). الوسيط في شرح القانون المدني ، طبعه 2 : دار النهضة العربية ، القاهرة .
- السنهوري، عبد الرزاق، (1966). -الوجيز (1).
- السيد، عبدالمنعم حافظ، (2010).عقد التأجير التمويلي الدولي :دار الفكر الجامعي،الإسكندرية.
- سلامة، أحمد عبد الكريم، (2000) . قانون العقد الدولي الخاص النوعي.الالكتروني -السياحي - البيئي، الطبعة الاولى، القاهرة : دار النهضة العربية .
- سلامة، أحمد عبد الكريم، (1999). علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع "أصولاً ومنهجاً" ، الطبعة الاولى، المنصورة : مكتبة الجلاء الجديدة .
- سلامة، أحمد عبد الكريم، (1987).المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية ، الطبعة الاولى، القاهرة : دار النهضة العربية.
- سلامة، أحمد عبد الكريم: نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية "دراسة تاصيلية انتقادية" ، الطبعة الاولى ، القاهرة : دار النهضة العربية.
- سلطان، أنور، (1987) . مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط1: الجامعة الأردنية ، عمان .
- الشرقاوي، جميل،(1956) .نظرية بطلان التصرف القانوني : مطبعة القاهرة.
- أشواربي، عبد المجيد، (بدون سنة نشر)، عمليات البنوك : منشأة المعارف ، الإسكندرية .
- صادق، هشام، (2001).القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية،الإسكندرية :دار الفكر الجامعي.
- صادق، هشام على، (بلاسنة نشر) : موجز القانون الدولي الخاص: دار الجامعة الإسكندرية.
- عابنه، علاء الدين، (2009) .تنازع القوانين في العقد الالكتروني الدولي،البحرين: مؤسسة فخراوي للدراسات والنشر.

- عبد الكريم، أحمد، (2000). دولي خاص، القاهرة، دار النهضة العربية.
- عرموش، ممدوح، (1998). القانون الدولي الخاص والمقارن، عمان: دار الثقافة للنشر.
- عبد الله، عز الدين، (1986). القانون الدولي الخاص، ج2: مطابع الهيئة المصرية للكتاب، الطبعة التاسعة.
- منير، عبد المجيد (بدون سنة نشر): تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية: دار المعارف للنشر بالإسكندرية.
- عبد الكريم، ممدوح، (2005). تنازع القوانين: دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن.
- عبد الرحمن، حاتم محمد، (2002). العمليات المصرفية المستقلة والمشكلات المرتبطة بتنفيذها: دار النهضة العربية القاهرة.
- عشوش، أحمد عبد الحميد، (1990). قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة، الإسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة .
- العكيلي، عزيز، (2005). شرح القانون التجاري الجزء الثاني، الأوراق التجارية وعمليات البنوك: دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان .
- المصري، محمد وليد، (2002)، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- موس، طالب، (1995). العقود التجارية والعمليات المصرفية في قانون التجارة الاردني، مؤته: مؤسسة رام.
- مسلم، أحمد، (1968). القانون الدولي الخاص المقارن في مصر ولبنان، مكتبة النهضة المصرية.
- نصرالله، مرتضى، (دون سنة نشر). مبادئ القانون الدولي الخاص التجاري: مطبعة النعمان، النجف الاشرف.
- الهداوي، حسن، (1995). القانون الدولي الخاص: دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الاردن.
- الهداوي، حسن، (2005). القانون الدولي الخاص تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني دراسة مقارنة: دار الثقافة للنشر والتوزيع .
- الهداوي، حسن، (1972). تنازع القانون وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، الطبعة الثانية: مطبعة الارشاد، بغداد .

- وشاحي، عبد الحميد، (1940 - 1941) .القانون الدولي الخاص في العراق ، ج ، :مطبعة التقيض الاهلية ، بغداد .
- ياقوت، محمودمحمد، (2004) . الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية "دراسة تحليلية ومقارنة " الإسكندرية : دار الفكر الجامعي .
- منصور، سامي والعجوز ،اسامه.(1999). دوروس في القانون الدولي الخاص. بيروت.
- منصور، سامي بديع وعبد العال، عكاشه، (بدون سنة نشر).القانون الدولي الخاص. بيروت : الدار الجامعية .

رسائل جامعية

1- رسائل دكتوراه:

- قاسم، أحمد الشيخ، (1994) . (التحكيم التجاري الدولي) رسالة دكتوراه ط 1 لعام
- عبد، الحفيظ صفوت أحمد، (1999) . دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص "دراسة مقارنة " ، رسالة دكتوراه مقدمه إلى كلية الحقوق -جامعة عين شمس .
- العبيدي، على عبد الهادي، (1995).التحايل على القانون دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي وهي رسالة دكتوراه مقدمه إلى جامعة بغداد في شباط .

البحوث .

- البغدادي، حسن ، الإسناد إلى قوانين الدول المتعددة الشرائع ،مجلة الحقوق سنة 4 العدد 1،2،3،4.
- الابراهيم والجزائري، (2006) . " دور البنوك التجارية في الحد من عمليات الاحتيال .
- حزبون، جورج حزبون، (2002) . قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الإجرائي والمستحدث الموضوعي : مجلة الحقوق -جامعة الكويت -العدد الثاني ، السنة السادسة والعشرون ، ربيع الاخر 1423هـ يونيو .
- حمويباير، (2008) "مخاطر الاعتماد المستندي ووسائل الحد منها.
- الزعبي، (200) . "رسالة ماجستير بعنوان مسؤولية المصرف المصدر في الاعتماد المستندي - دراسة مقارنة وفقا لأحكام النشرة 500".

- السعيد، سماح، (2007). العلاقة التعاقدية في الاعتمادات المستندية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين.
- السعيد، صلاح، (1980). تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات الايجار، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة الاسكندرية.
- عبدالمجيد، (1991). حول مفهوم القانون المحدد بمعرفة الأطراف في العقود الخاصة الدولية : مجلة المحاماة، السنة 71 ، العددان السابع والثامن سبتمبر - اكتوبر .
- الهادي، (2008). المشاكل لقانونية الناجمة عن تنفيذ الاعتماد المستندي المعزز في ضوء الأعراف الدولية الموحدة للاعتمادات المستندية".
- يونس، باسم سعيد، (1990). التحكيم الاختياري وسيلة لفصل منازعات العقود الدولية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الي كلية الحقوق في جامعة بغداد .

3- القوانين والاجتهادات القضائية:

<p>القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.</p> <p>القانون المدني العراقي ذي الرقم (40) لسنة 1951 .</p> <p>القانون المدني المصري ذي الرقم (131) لسنة 1948 .</p> <p>القواعد والأعراف الموحدة المتعلقة الاعتمادات المستندية تعديل 2006.</p>
<p>مجموعة من القرارات الصادرة عن محكمة التمييز الأردنية و بعض القوانين المقارنة.</p>

قائمة المراجع باللغة الاجنبية :-

- ARMINJON(1948): PRECIS DE droit international prive commercia
- ALFONSIN(1960) : Contribution a l,etude la relation juridique en droit - international prive, T,I MELANGES MAURY
- Ala LOI, These , Dalloz. Pari Bernard Audit(1974) “.La Fraude- SALAMA les conflits de lois en matiere des prets internionaux, tome- .Dominiqueu Holleaux(1987).” Droit International prive.Paris--
- .DREYFUSG(1904): L'acte juridique en droit int.prive,these Paris- Revue critique du droit International Prive 1962-
- Jose Vidal,(1957).” Essai d, une theorie general de La Fraude aLaloi en - paris p339. ،droit Frncias
- Goldman(1981).note precit et Mester sous Cass. Civ.7 oct 1980Rev crit - dr in tern prive
- Droit, internation preve,troisieme ”.(Yvon;Loussouarn et pierre Bourel;(1988- edition ,Dalloz
- P.M.North and J.J Fawcett;(2002)".private international law, Butter-- .”woreth,London
- McClea , (2000).”The conflict of laws,fifth edition ,Sweet and ؛David- Maxwell,London

”