كلية الحقوق

قسم القانون الدولي الخاص

القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان المصرفي الدولي

"دراسة مقارنة"

بحث مقدم كجزء من متطلبات الحصول على درجة الماجستير في الحقوق

مقدمـــة من البـــاحثة

مروة صباح لطيف

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور

محمد السيد عرفة

أستاذالقانون الدولي الخاص وعميد كلية الحقوق– جامعة المنصورة السابق

١٤٤٣هـ- ٢٠٢٢م

المقدمة

اولًا: موضوع البحث:

بالنظر إلى حاجات ومعطيات المعاملات التجاريّة التي أفرزتها التجارة الدوليّة، وتأثيرها على وسائل الضمان التقليديّة التي نتج عنها الكثير من الصعوبات والعوائق، ممّا أدّى إلى عدم تحصيل النتائج والأهداف التي وجدت من أجلها، وعجزها عن مسايرة التطوُّر الذي فرضته التجارة الدوليّة؛ ابتكر العُرف المصرفيِّ ما يُسمّى بخطاب الضمان المصرفيِّ، ويُعرِّفه بعض الفقهاء بأنّه:" تعهُّد نهائيِّ يصدُر من البنك بناءً على طلبِ عميله، ونسمِّيه "الأمر" بدفع مبلغ نقديِّ مُعيّن، أو قابل للتعيين بمُجرّد أنْ يطلب المستفيد ذلك من البنك خلال مُدّة مُحدّدة دون توقُّف على شرطٍ آخر"[1].

وبحسب ما هو مُتعارف عليه بخصوص قواعد تنازع القوانين، فإنّ تحديد النظام القانونيِّ الذي سيُطبّق على العقود الدوليّة يستلزم اللجوء إلى مبدأ القانون الدوليِّ الخاص، المعروف بمبدأ "حُرِّيّة أو استقلاليّة الإرادة"، وهو ما يُطلق عليه خضوع العقد لقانون الإرادة، والذي أضحى من المبادئ المُستقرّة في إطار القانون الدوليِّ الخاص، وهو ما أخذت به العديد من الاتفاقيات والتشريعات الدوليّة، حيث اعتدّت بالإرادة الصريحة، أو الضمنية بوصفها ضابط للأسناد في االلتزامات التعاقديّة، وفي حالة إقدام المتعاقدين على الاختيارِ الصريح للقانون الذي ينطبق على العقدِ المُبرم بينهم، يتم اللجوء للكشف عن الإرادة الضمنية، وفي حالة تعذُّر الكشف عن الأخيرة فإنّ المُشرِّع في بعضِ الدول –ومنها مصر والعراق– تصدّى بنفسه لتركيز العلاقة التعاقديّة، وقرّر إسنادها إلى ضوابط مُحدّدة منصوص عليها؛ كضابط الموطن المُشترك إن اتّحدا موطنا، أو قانون الدولة التي تمّ فيها العقد إن اختلفا موطنا وهذا ما يُسمّى بالإسناد الجامد للرابطة العقديّة، بالإضافة إلى ما ظهر مؤخراً في فقه القانون الدوليِّ الخاص، وهو الإسناد المرن للرابطة العقديّة لم يجعل القاضي عاجزاً أمام تحديد القانون الواجب التطبيق في حالِ غياب الإرادة الصريحة، أو الضمنية، من خلالِ تطبيق نظريّة

([1]) د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، بدون دار نشر، طبعة ١٩٨٩، ص ٥٦٩.

التركيز الموضوعيّ، أو نظريّة الأداء المُميّز، التي تقوم على تفريدِ معاملة العقود، وتحديد القانون واجب التطبيق على كُلِّ عقدٍ حسب الوزن القانونيِّ، والأهميّة الواقعية للأداء، أو للالتزام الأساسيِّ في العقد.

ثانيًا: أهميّة موضوع البحث:

يُشكّل خطاب الضمان الدوليّ دوراً مُهمًّا في المعاملاتِ التجاريّة الدوليّة، بوصفه أحد أهم أدوات الثقة المصـــرفيّة، وبالرّغمِ من أهميّة خطاب الضمان المصرفيِّ في مجالِ التجارة الدوليّة؛ إلّا أنّ كثرة الإشـــكالات المُتعلّقة بمثلِ هذا النوع من الضـــمانات، والتي لا يمكن فضّها إلّا بالرجوع إلى القانونِ الواجب التطبيق؛ لأنّ خطاب الضـــمان من العلاقات الثلاثية، وينشـــأ عن إصـــدار خطاب الضـــمان وجود ثلاث علاقات، الأولّى: بين العميل والمستفيد (علاقة الأساس)، والثانية: بين البنك والعميل(عقد الاعتماد بالضمان)، والثالثة: بين المستفيد والبنك، ولا سيما إذا كان كل طرف ينتمي إلى دولةٍ تختلف عن الأُخرى، وكل دولة تدّعي أحقيتها بحكم العلاقة.

ثالثًا: مشكلة البحث:

تُعدُّ مســـالة تحديد القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان الدوليِّ من أهم المسائل القانونيّة التي تثيرهـــا دراســـة هذا النوع من العقود؛ لأنّ تحديد قانون مُعيّن يقوم بتنظيم وحكم العقد ليس مُجرّد تفضـــيل، أو ترجيح قانون على آخر على نحوٍ نظريٍّ، دون أن يأخذ في الحســـبان النتائج المُترتّبة على هذا التحديد، بل إنّ هناك جدوى عملية للدراســـة هذه تكشـــف بأنّ تحديد القانون الواجب التطبيق من خلالِ دور الإرادة وفق النظريّة الشخصيّة والموضوعيّة، وما يُرتّبه من نتائجٍ وآثارٍ قانونيّة غاية في الأهميّة على مجمل العملية العقديّة، إذْ يُشـــكّل القانون المُطبّق على عقد الأساس الذي يجري في نطاقه تقدير مدى صحة عقد خطاب الضمان من ناحية، وما ترتكز عليه حقوق والتزامات أطرافه من ناحيةٍ أُخرى، وأنّ الإرادة ليســـت مُطلقة في هذا الجانب، بل هي مُحدّدة باتّجاهاتٍ، ولكُلِّ اتّجاه معاييره المُحدّدة.

لذلك يُثار تســـاؤل حول ما إذا كانت هذه العلاقات تخضع جميعها لقانون واحد استناداً إلى وحدة الغرض الوظيفيِّ منها وهو تأمين علاقة الأساس، أم إنّ كلٌّ علاقة منها تخضع لقانون مُختلف عن العلاقة الأُخرى، إعمالًا لمبدأ الاســـتقلال، الذي يتمتّع به هذا النوع من الضمانات، وهذا لا يعني أنّ

تحديد القانون الواجب التطبيق قد حُسِـــم أمره بشكلٍ قاطع، من هنا نجد تساؤلًا آخر يثور في هذا الصـــــدد، حول دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على كلِّ علاقةٍ من علاقاتِ خطاب الضمان الدوليِّ؟

رابعًا: خطة البحث:

نظراً لتشعُّب الموضوع وكثرة تفصيلاته، سنقسم هذا البحث إلى مطلبين، نبحث في الأوّل منه خضوع خطاب الضمان المصرفي لقانون الإرادة، وفي الثاني القانون الواجب التطبيق في حالِ غياب قانون الإرادة، وذلك على النحو الآتي:

- **المطلب الأوّل: خضوع خطاب الضمان المصرفي لقانون الإرادة.**
- **المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق في حال غياب قانون الإرادة**

المطلب الأوَّل

القانون الواجب التطبيق في وجود قانون الارادة

تمهيد وتقسيم:

يخضع خطاب الضمان المصرفيِّ الدوليِّ كقاعدةٍ عامّة لِمَا يُعرف بقانون الإرادة، وبصفةٍ عامّة فإنّ قانون الإرادة هو القانون الذي يختاره الطرفان لتطبيقه على علاقتهما التعاقديّة؛ لأنّ مبدأ سلطان الإرادة في القانون الدوليِّ الخاص يُعــدُّ مبدأً هامــاً ومُستقراً من زمنٍ بعيد، بل إنّ القانون الدوليِّ الخاص جاء لتعظــيم وإعــلاء هذا المبدأ وإعلانه، ويعود تاريخ قانون الإرادة إلى العصورِ الوســطى، ويُعد الكاشــف لهــا فــي القــرنِ السادس عشر هو الفقيه "ديمولان"، وأصبح قانون الإرادة مبدأً مهماً من مبــادئ القانون الدوليِّ الخاص هو سلطان الإرادة، والذي بات مُستقر منــذُ القــرن التاسع عشر، وهو يحكم معظم المسائل المتعلقة بعقدٍ ما، وليس كلها بالضرورة، بناءً على ماتقدم نعرض في هذا المطلب الآتي:

- **الفرع الأوّل: فكرة قانون الإرادة وكيفية تعيينها.**
- **الفرع الثاني: دور قانون الإرادة في خطاب الضمان المصرفيِّ.**
- **الفرع الثالث: دور قانون الإرادة في خطاب الضمان المصرفيِّ.**

الفرع الأوَّل

فكرة قانون الإرادة

إنّ قاعدة خضوع العقد الدوليِّ لقانون إرادة المتعاقدين– أي خضوعه للقانون الذي يختاره المتعاقدان– لم تكن هي السائدة بادئ الأمر، حيث كان من المستقر عليه إخضاع العقد لقانون محل إبرامه(٢).

و في إطار القانون الداخليِّ يقصد بمبدأ سلطان الإرادة أنّ الأطراف لهم الحُرِّيّة في تنظيمِ عقودهم، وتضمينها من الشروط بما يحقق مصالحهم، ولهم ممارسة إرادتهم بهدف إنشاء مراكز قانونيّة مطابقة للتنظيم الاجتماعيِّ، فالإرادة وحدها قادرة على إنشاء ما تريد من العقود والتصرُّفات، مادامت تلتزم الضوابط الشرعية الصحيحة، وقواعد النظام العام والآداب، فالأمر يتعلق بتحديدِ إطار قانونيِّ، يُمكن من خلاله تحقيق تصرُّف قانونيِّ على نحو صحيح ومنتج لآثاره، فالعقد أو الالتزام التعاقديِّ قانون مصغر بين الأطراف، وهو من صنعهم ولذا يُعبِّر عن هذا المبدأ بالقاعدة التي استقر العمل بها في مختلف النُظم القانونيّة الوطنيّة، وهي قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، ومع تطوُّر العلاقات القانونيّة الخاصة الدوليّة امتد العمل بمبدأ سلطان الإرادة إلى ميدان تلك العلاقات، والاتفاقات ذات العنصر الأجنبيِّ، وأصبح مبدأ قانون الإرادة في إطار عقود التجارة الدوليّة يعني حُرِّيّة اختيار القانون الذي يحكم التصرُّفات الإرادية، وحرِّيّة الأطراف في ممارسة إرادتهم بهدف تحديد هذا القانون الذي يرونه أكثر مُلاءمة للعقد الدوليِّ المُبرم بينهم، مع مراعاة النظام العام، ويُمثِّل هذا المبدأ تطوُّراً هامًّا في مجالِ عقود التجارة الدوليّة، اقتضته ضرورات التوسُّع في العلاقاتِ الاقتصاديّة عبر الحدود(٣).

---

(٢) د. بشار الاسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١١،ص١٢٢.

(٣) د. السيد عبدالمنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، الطبعة الأوّلى، مكتبة الوفاء القانونيّة، ٢٠١٨،ص٢٩-٣٠.

فقد اعترفت محكمة النقض الفرنسيّة في حكمها الصادر في ٢٤ فبراير ١٩٣٨ بهذه القاعدة، مُقرِّرة أنّ " القانون الواجب التطبيق على العقود – سواء ما يتعلق بتكوينها، أو بالنسبة لآثارها وشروطها– هو ذلك الذي تبناه الأطراف"[٤]، وبعد ذلك صدرت أحكام مؤيدة لتلك القاعدة من محكمة النقض الفرنسيّة، ومن أهم هذه الأحكام الحكم الصادر في ٦ يونيو ١٩٥٩، وقد جاء في هذا الحكم: "أنّ القانون واجب التطبيق على العقد، فيما يتعلق بتكوينها وآثارها، هو القانون الذي اختاره الأطراف، وإذا لم يكن هناك اختيار صريح من جانبهم؛ على القاضي المطروح أمامه النزاع البحث عن نيّة المتعاقدين المشتركة في إخضاع عقدهم لقانون مُعيّن"[٥]، وهو ما فعله المُشرِّع المصريّ في المادة(١١١٩) من القانون المدنيِّ المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ والمُشرِّع العراقي في المادة (٢٥) من القانون المدنيِّ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م.

وفي قرارٍ صادر من محكمة التمييز الاتِّحادية في العراق جاء فيه:" إذا اتفق العاقدان بموجب شروط مستند الشحن على تطبيق أحد القوانين الأجنبية تبعًا لجنسية الناقل فعلى المحكمة تطبيق أحد القانونين المذكورين استنادًا للمادة (٢٥) مدني عراقي"، وفي قرارٍ آخر أيضًا لمحكمة التمييز الاتِّحادية، "حيث إنّ الطرفين صادقا على سريان قانون الموجبات والعقود اللبنانيِّ على موضوع النزاع فيكون هو القانون الواجب التطبيق" [٦] .

كما حرصت الاتفاقيات الدوليّة المنظمة للعلاقات الدوليّة على تكريس قاعدة قانون الإرادة بنصوص واضحة وصريحة، فقد نصت اتفاقية لاهاي ١٩٥٥ في المادة(١١٢) على أن " يخضع البيع

---

(٤) د. بشار الاسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص١٢٤.

(2) Daniel Gutmann, Droit International privé, op. cit., p. 221.

مشار إليه لدى: د. ماهر ابراهيم قنبر العزاوي، تنازع القوانين في عقد التأمين– دراسة مقارنة، المركز القومي للدراسات القانونية، ٢٠١٨، ص٩٢.

(٦) مشار إليه لدى عبدالرسول عبدالرضا الاسدي، قرارات القضاء العراقي في المسائل المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠٢٠، ص٧٧.

للقانون الداخلي للبلد الذي عينه طرفا العقد"، ونصت المادة(١١٧)من اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٨٦ " عقد البيع يسري عليه القانون الذي اختاره الأطراف"[٧]

واكّدت اتفاقية روما ١٩٨٠ في المادة(١١٣)على أن " يحكم العقد بالقانون المختار من جانب الأطراف.."[٨].

أمّا بالنسبة لقواعد تحكيم غرفة التجارة الدوليّة المُعدلة والسارية منذ عام ١٩٩٨، نصت في المادة ١١١٧ على أنّ "للأطراف حُرِّيّة الاتّفاق على القواعد القانونيّة الواجب على المُحكم تطبيقها على موضوع النزاع"[٩].

ونصت المادة ١١٣٣ من قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليميّ للتحكيم التجاريّ الدوليّ على أن " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القانون الذي يعينه الطرفان"[١٠].

بالرغم من قانونيّة هذا المبدأ إلّا أنّ الفقه انقسم بخصوص حُرِّيّة أطراف العقد فيما إذا كانت مطلقة في هذا الاختيار؟ وهل بإمكان الإرادة أنّ تحرُّر العقد الدوليّ من سلطان القانون، وتخرجه من إطار تنازع القوانين؟ جاءت الإجابة عن هذه التساؤلات منقسمة إلى ثلاث اتّجاهات (النظريّة الشخصيّة، النظريّة الموضوعيّة، النظريّة الازدواجيّة).

أولا: النظريّة الشخصيّة:

---

(٤) اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٥ الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية على الموقع الإلكتروني : https://areq.net/m، تاريخ الزيارة ٢٠٢١\٦\١، الساعة ٥:٠٠مساءً.

(٨)عوني محمد فخري، اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على االلتزامات التعاقدية– دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص، مكتبة الصباح، بغداد، ٢٠٠٧م،ص ١١٩.

(٩) قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية على الموقع الإلكتروني:
https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/docdex، تاريخ الزيارة ٢٠٢١\٦\٥، الساعة ٢:٠٠ صباحاً.

(١٠) قواعد حسم منازعات التجارة والاستثمار، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، ٢٠٠٢، على الموقع الإلكتروني: http://arabic.aalco.int/ar/CRCICA، تاريخ الزيارة ٢٠٢١\٦\٥، الساعة ١:٠٠ صباحاً.

بداية ما ظهرت النظريّة الشخصيّة وبدأت ملامحها على يـد الفقيـه الفرنسيِّ "لوران" الذي يرى أنّ اختيار المتعاقدين لقانون العقد يرجع إلى تطبيق مبدأ سلطان الإرادة، وهو ذلك المبدأ الذي يُعـدُّ انعكاسـاً قانونيـاً للفلسـفات الاجتماعيّة والاقتصاديّة التي كانت سائدة في ذلك الوقت، والتي كانت تُقـدِّس الحُرِّيّة الفردية وتسمو بها فوق القانون، حتى ولو كان ذلـك علـى حسـاب المصلحة العامّة(١١).

وتنطلق النظريّة الشخصيّة من منطلق تقديس الحُرِّيّة الفردية؛ فالإرادة المشتركة للمتعاقدين مُقدّسة لا يجوز المساس بها، ولا الاقتراب منهـا؛ لأنّهـا سُلطة مطلقة في اختيار القانون الذي تراه مناسباً لحكـم العقـد دون قيـدٍ أو شرط(١٢).

والأصل في عقودِ التجارة الدوليّة هو خضوعها لقانون الإرادة، أي للقانون الذي تشير به إرادة المتعاقدين، لكن أنصار النظريّة الشخصيّة يردون قدرة المتعاقدين على اختيار قانون العقد، إلى مبدأ حُرِّيّة التعاقد الذي يخوِّل للإرادة سلطاناً مطلقاً في هذا الصدد يرتفع بها فوق القانون، وبهذه المثابة يندمج القانون المختار في العقد لتصبح أحكامه مُجرّد شروط عقديّة، يملك المتعاقدين الاتّفاق على ما يخالفها، ولو اتّسمت بالطابع الأمر، وعلى ذلك يبقى العقد الدوليِّ طليقاً، أي بلا قانون يحكمه، فالأطراف أحرار في اختيار القانون الذي يحكم العلاقة التعاقديّة فيما بينهم(١٣)، فالقانون الذي عينته إرادة المتعاقدين ليست له قوة الإلزام، إلّا في الحدود التي رسمتها له تلك الإرادة (إرادة الأطراف المتعاقدة)(١٤).

إنّ بعض الفقهاء يرى أنّ القانون الذي يختاره المتعاقدان يجب أن لا يكون مقطوع الصلة بالعقد؛ لأنّ الصلة بين العقد وقانون الإرادة هي التي تُبرِّر اختياره، باعتبار أنّ حُرِّيّة الأفراد ليست

---

(١١) د.محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي- بين النظرية والتطبيق- دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة، منشاة المعارف، ٢٠٠٠م، ص٢١.

(١٢) د.عبدالمنعم زمزم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة العربية، ٢٠١٥م، ص١٥٧.

(١٣) د.صلاح علي حسن، الوجيز في تحديد العقد التجاري الدولي، مصدر سابق، ص٤٠

(١٤) د.سامي بديع منصور، ود. عكاشة محمد عبدالعال، طرق حل المنازعات الدولية الخاصة والحلول الوضعية لتنازع القوانين، الدار الجامعية، ١٩٩٥، ص٣٦.

مُطلقة، وإنّما تستمد مشروعيتها من إرادة المُشرِّع بمقتضى قاعدة الإسناد، فالمُشرِّع قد خوّل للإرادة حق اختيار القانون الذي يخضع له العقد، دون أن يمنحها الحق في تحرير العقد من الخضوع لأحكام هذا القانون، ويتصل هذا العقد بالقانون المختار إمّا بجنسية أحد المتعاقدين، أو بموطنه، أو بمحل إبرام العقد، أو بمحل التنفيذ، وقد تأتي الصلة بين العقد والقانون المختار من حاجة التجارة، والمعاملات الدوليّة، فقد شاع في التجارة الدوليّة إخضاع عقد ما لقانون مُعيّن، بحيث يصبح عقداً نموذجياً لتجارة مُعيّنة[١٥].

ويترتّب على اندماج القانون المختار واعتبار نصوصه في حكم الشروط التعاقديّة عدّة نتائج منها[١٦]:

١- يعامل القانون المختار معاملة الوقائع أمام القضاء الوطنيِّ من حيث إثباته، ومن ثمّ يقع على عاتق الخصم المُتمسك به عبء إثباته، وتقديم الدليل على مضمونه.

٢- خطأ محكمة الموضوع في تفسير النصوص القانون الأجنبيِّ الذي اختارته إرادة المتعاقدين، لا يخضع لرقابة محكمة النقض بوصفه مسألة موضوعية، ما لم يؤدي هذا التفسير إلى مسخ العقد.

٣- قدرة المتعاقدين على استبعاد بعض أحكام القانون المختار ولو كانت تتمتّع بالصفة الآمرة.

٤- للمتعاقدين تجزئة العقد واختيار أكثر من قانون واحد لتنظيم جوانب العلاقة العقديّة الناشئة بينهم، وهم في ذلك أحرار، فيجوز لهم اختيار قانون ولو لم يكن ثمة صلة بالعقد، أيِّ اختيار قانون محايد لا يرتبط بعناصر العقد، أو بظروفه وملابساته الواقعية.

٥- إنّ قانون الإرادة في العقد يجمد هذا القانون على حالته التي كان عليها وقت إبرام العقد، ومن ثمّ فإنّ أي تعديلات تشريعيّة لاحقة تطرأ على القانون المختار لا تندمج في العقد ولا تُعد جزءً من الشروط التعاقديّة، ولو كانت متعلقة بالنظام العام.

قضت محكمة استئناف باريس بتاريخ ٢٤ نيسان ١٩٤٠، بأنّ العقد الدوليِّ يُشكِّل وحده شريعة المتعاقدين، أما محكمة النقض الفرنسية رفضت بتاريخ ١٥ أيار سنة ١٩٣٥ تطبيق القانون اللاحق على العقد وأعطاه المُشرِّع مفعولًا رجعياً، كما أكّدت محكمة النقض الفرنسيّة في قرار لها بتاريخ

---

(١٥) د. هشام علي صادق، الموجز في القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين، الإسكندرية، ١٩٩٣، ص٣٠٦.

(١٦) د. صلاح علي حسن، الوجيز في تحديد العقد التجاري الدولي، مرجع سابق، ص٤٢-٤٣.

٥ كانون الثاني سنة ١٩١٠ بأنّ القانون المُطبق على العقود هو القانون الذي اختاره المتعاقدون[١٧] .

وعليه فإنّ أنصار المذهب الشخصيّ يرون ضرورة البحث عن نيّة الأطراف من خلالِ بعض الأمارات، ويعتقد أنصار هذا المذهب أنّ هذا التطوُّر الذي مرّ به مبدأ سلطان الإرادة وكان للتخلص من هيمنة قانون محل الإبرام والاعتراف للأطراف بحرية الخضوع للنظام القانونيّ الذي يرونه منطبقًا مع ظروفهم[١٨] .

وفي النهاية، ونتيجة لإعطاء الإرادة القدرة المطلقة على اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وأنّ إرادة الأطراف تعلو وتسمو فوق القانون حتى بعد اختيار القانون، أو ينزل منزلة الشروط التعاقديّة ويدمج في العقد، ممّا مهّد الطريق لظهور المذهب الموضوعيّ.

ثانيًا: النظريّة الموضوعيّة

ترفع النظريّة الموضوعيّة سلطان القانون على إرادة المتعاقدين، فإنْ كان لهذه الإرادة أن تختار قانون العقد، فإنّ دورها في هذا الصدد ينتمي إلى فكر النظريّة الموضوعيّة، ما قال به الفقيه (باتيفول) من إبداء رغبة في تركيز الرابطة العقديّة في إطار نظامٍ قانونيّ مُعيّن[١٩]، يتصل بالضرورة بهذه الرابطة، ومن ثمّ فإنّ إرادة المتعاقدين تكون بمثابة ضابط إسناد يشير إلى القانون الواجب التطبيق في شأن الرابطة العقديّة، على أساس أنّ ذلك هو الحل الذي ارتضاه المُشرِّع لحسم مشكلة تنازع القوانين في العقود الدوليّة، وعلى ذلك فإنّ الرابطة العقديّة تخضع لحكم القانون الذي يختاره المتعاقدان والذي لا تملك الإرادة للإفلات من أحكامه الآمرة[٢٠] .

---

(١٧) سيراي، سنة ١٩٤٣، ص٢٩، تعليق نيبوابيه، مشار إليه لدى سلطان عبدالله محمود الجواري، القانون الواجب التطبيق على الحساب الجاري والاعتماد المستندي، مرجع سابق،ص٣٧.

(١٨) د.عصام الدين القصبي، النظام القانوني، للعمليات المصرفية، دراسة تطبيقية خاصة بالاعتماد المستندي، ١٩٩٢،،ص ١٩.

(١٩) د.السيد عبدالمنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، مصدر سابق،ص٣٩.

(٢٠) د.صلاح علي حسن، الوجيز في تحديد العقد التجاري الدولي، مصدر سابق، ص٤٤

كما يرى أنصار هذه النظريّة أنّ لكل عقد قانون مُعد سلفاً لحكمه وحريّة الأطراف في اختيار القواعد القانونيّة التابعة لهذا القانون المُعد سلفاً، ويعاب على هذه النظريّة أنّها لم تُقدِّم قاعدة تنازع تستطيع تحديد القانون المُعد سلفاً لحكم العقد، وكذلك من المعلوم أنّ الأطراف يتمتعون بحرية أكبر في المجال الدوليِّ منه في المجال الداخلي لكن هذه النظريّة تقيِّد حُرِّيّة الأطراف بشكلٍ كبيرٍ ممّا أدّى إلى انتقادها، وكان من الطبيعي أن ينعكس هذا الخلاف الفكري بين كل من أنصار النظريتين، خاصة في مجال المعاملات المالية وفي العقود الدوليّة[٢١] .

وجاء حكم محكمة النقض الفرنسيِّة في حكمها الصادر في ٢١/٦/١٩٥٠[٢٢]، ليؤكد أن العقود الدولية لابد من خضوعها لقانون دولة معينة وهذا لا يعني أن إرادة الأطراف المتعاقدة مطلقة في تحديد القانون الواجب التطبيق، وكان نص الحكم كالآتي: "أنّ كل عقد دوليِّ يجب أنْ يستند إلى قانونِ دولةٍ مُعيّنة، وأنّ الإرادة ليس لها مُطلق الحُرِّيّة في أنْ تخرج عن القوانين الوطنية، وبالتالي فإنّ فكرة العقد بدون قانون فكرة لا تتفق مع فكرة التوطين الموضوعي للعقد، وأنّ الإرادة لا تُحدث أثراً إلّا في الحدود التي يسمح بها القانون، وأنّ الأثر الحقيقيِّ الناتج عن العقد ليس مصدره الإرادة، وعليه فإنّ الأطراف يخضعون للقانون بالمعنى الكامل، فإنّ النظريّة الموضوعيّة تسمح للإرادة ببيان القانون واجب التطبيق وتحديده".

ثالثًا: النظريّة الازدواجيّة:

تقوم النظريّة الازدواجيّة على التوفيق بين الحُرِّيّة المطلقة للإرادة في (النظريّة الشخصيّة) وتقييدها في (النظريّة الموضوعيّة) بالتمييز بين وضعين أولهما: وجود اختيار صريح من جانبِ الأطراف

---

(٢١) مشار اليه لدى سلطان عبدالله محمود الجواري، القانون الواجب التطبيق على الحساب الجاري والاعتماد المستندي، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠،ص٣٨.

(2) Cass Cive 21-6-1950, Messayries maritimes, Grands arrêts de droit international privé, 1995, no22.

مشار إليه لدى د. ماهر قنبر العزاوي، مرجع سابق، ص١٠١.

للقانون الواجب التطبيق على العقد(وهنا لا محل للحديث عن تركيز العقد)، وثانيهما: عدم وجود هذا الاختيار الصريح (وهنا يمكن القول بإمكانية التركيز)[٢٣] .

وهذا ما أيّدته اتفاقية روما ١٩ حزيران لسنة ١٩٨٠ بنصها على حُرِّيّة اختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقديّة، وإخضاع العلاقة العقديّة إلى قانون الدولة الأكثر اتّصالاً بالعلاقة العقديّة، فالعقد يحكمه القانون الذي يختاره الأطراف، هذا ما نصت عليه المادة (٢) من الاتفاقية التي أكّدت بأنّ الاختيار يجب ان بكون صريحاً أو يستنتج بشكل مؤكد من بنود العقد أو ظروف المرافقة له وهذا ما بينته المادة (٣) من الاتفاقية، هذا وأكّدت الاتفاقية في المادة (١١٣) أنّ للأطراف في العقد أنْ يعينه القانون الذي يحكم أجزاء العقد كافّة، أو أجزاء فقط من هذا العقد، وإذا كان من العقد ما ينفصل عن بقية أجزائه فعدّة قوانين ممكنة التطبيق في هذه الحالة، كما بيّنت المادة (٢١٣) من الاتفاقية أنّ اختيار القانون الواجب التطبيق يعود للإرادة العقديّة للأطراف أنْ تُعبِّر عنه، أو تُعدِّله حتى بعد إبرام العقد، وفي حالة عدم اختيار القانون الواجب التطبيق، فقد نصت المادة الأولّى من الاتفاقية على أنّه (عند عدم اختيار الإرادة لقانون يحكم العلاقة العقديّة فإنّ القانون الذي يُطبّق هو الذي يُمثِّل الصلة الأوثق بتلك العلاقة)[٢٤].

الفرع الثاني

كيفية تعيين قانون الإرادة

إنّ تحديد القانون المُطبّق على العقد لن يثير الصعوبة لطالما أعلن المتعاقدان صراحةً عن القانون الذي يخضع له العقد، وتذهب عدد من التشريعات وجانب من الفقهِ إلى إمكانيّة أن يكون هذا الاختيار صريحاً، كما يمكن أن يُستفاد ضمناً من القرائن والظروف الملابسة، بيد أنّ هناك بعض

---

(٢٣) د. السيد عبدالمنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، مصدر سابق،ص٤٤.

(٢٤) د. سامي بديع منصور، ود. عكاشة محمد عبدالعال، مرجع سابق، ص٣٦١.

التشريعات الدوليّة أغفلت النص على إمكانيّة الكشف عن الإرادة الضمنية، أو المفترضة للمتعاقدين، عند تحديد قانون العقد في حالة عدم الاختيار الصريح[٢٥] .

يذهب جانب من الفقه إلى أنّه ليس للقاضي، أو المحكم تطبيق قانون الإرادة على العقود الدوليّة، إلّا في حالة الاختيار الصريح لهذا القانون من جانب المتعاقدين، فإذا لم يتم التعبير عن هذا صراحةً يجب على القاضي أن يتصدّى مباشرة لتركيز الرابطة العقديّة، واسنادها للقانون الأوثق صلة بها، وذلك دون البحث عمّا يُسمّى "بالإرادة الضمنية للأطراف"، حيث يرفض هذا الاتّجاه الاختيار الضمني؛ لأنّ سكوت الأطراف عن الاختيار الصريح إنّما يرجع إمّا لعجزهم عن التوصُّل إلى اتّفاق، أو عدم إدراكهم عن التعاقد للطابع الدوليّ للعقد، ومن ثمّ فإنّ تصدّي القاضي للبحث عن إرادتهم الضمنية سيؤدي بالضرورة إلى تطبيق قانون يخل بتوقُّعات الأطراف؛ لكونه لا يُعبّر عن إرادتهم الحقيقيّة[٢٦] وانتقد هذا الاتّجاه؛ لأنّه بفرضيته هذه تجاهل قاعدة الإسناد التي تقضي بخضوع العقد لقانون الإرادة[٢٧]

بينما ذهب جانبٌ آخر من الفقهِ وهو الغالب على الأرجح إلى وجوبِ التسوية بين الإرادة الصريحة والضمنية للمتعاقدين في اختيار قانون العقد، بحيث يتعيّن على القاضي في حالة تخلُّف الإرادة الصريحة للمتعاقدين البحث عن إرادتهم الضمنية، شريطة أن يتم ذلك من خلالِ قرائن مؤكّدة تدل على وجود هذه الإرادة[٢٨] .

وبما أنّ إرادة الأطراف تكون قادرة على اختيار القانون واجب التطبيق، فلابُدّ أن تفرغ هذه الإرادة في شكلٍ مُعيّن؛ مثل: "أن يُعبّر الأطراف صراحةً اختيار القانون واجب التطبيق، ويأتي ذلك أساسًا بالنص في العقد بكلماتٍ واضحة تفيد بأنّهم يخضعون عقدهم لقانون دولة ما، وهذا هو الاختيار الصريح لقانون العقد، غير أنّه في الواقع العملي تكون أغلب اختيارات

---

(٢٥) د. صلاح علي حسن، الوجيز في تحديد العقد التجاري الدولي، مصدر سابق، ص٤٦.

(٢٦) د. بشار الاسعد، عقود الدولة في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص١٣٤.

(٢٧) د. السيد عبدالمنعم حافظ السيد، قانون االلتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، مصدر سابق،ص٧٠

(٢٨) د.إبراهيم احمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص– مركز الاجانب وتنازع القوانين، الكتاب الاول، عين شمس، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص١٥٥.

القانون واجب التطبيق من قبل الأطراف ضمنية، وتستخلص من ظروف التعاقد، أو أمارات وعناصر العقد؛ مثل: اختيار الأطراف للغةٍ ما"، أو استخدام كلمات مُعيّنة، أو الخضوع لمحكمة دولة مُعيّنة، كل هذه الأمارات يستدل بها القاضي المطروح عليه النزاع في كشف إرادة الأطراف الضمنية، وبالتالي معرفة القانون واجب التطبيق.

لكن يقتضي منا التمييز بين حالتين، حالة تحديد قانون الإرادة الصريحة وحالة عدم وجود إرادة صريحة، أي عند سكوت المتعاقدين عن بيان القانون الذي يحكم العقد، يستلزم البحث عن الإرادة الضمنية، والتي نبينها كالآتي:

أولا: الإرادة الصريحة:

يستطيع المتعاقدون اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، سواء أكان قانونًا وطنيًا(قانون القاضي) أم قانونًا أجنبيًا، وهذا وفقًا لمنهج التنازع التقليدي الموروث عن سافيني، وهذا الاختيار الصريح لقانون العقد يتمثل في إفصاح الأطراف عن إرادتهم في تحديد القانون، أو القوانين التي يريدون تطبيقها على العقد صراحةً، وقد يضمنوا عقدهم بندًا أو شرطًا يقضي باختيار قانون مُعيّن[٢٩]

وهكذا فإنّ تحديد القانون المُطبّق على العقد لن يكون صعبًا، طالما أعلن الأطراف صراحةً عن المنظومة القانونيّة التي يخضع لها العقد، لذلك أغلب الفقه يؤكّد على أهميّة تحديد الأطراف للقانون الواجب التطبيق صراحةً على العقد تحاشيًا لِمَا يمكن أن يثيره غياب هذا الاختيار من مشاكل، حيث يرى البعض" أنّ المتعاقدين بتضمين عقدهم شرطًا أو بندًا يحدّد الاختصاص التشريعيّ فهم يتصرفون كمن يبرم عقد تأمين على الحياة تحوطًا للمستقبل وما يكتنفه من أخطار محتملة"[٣٠] .

وقد يكون التعبير عن الإرادة الصريحة شفهيًا يتم أمام القاضي المعروض عليه النزاع، وغالبًا ما يكون مكتوبًا وتُعد الكتابة شرطًا فيما يعرف بشرط الاختصاص التشريعيّ الذي يحقق للمتعاقدين الأمان القانونيّ ضد المخاطر التي يمكن أن تحدث مستقبلًا[٣١] .

---

(٢٩) د. صلاح علي حسن، الوجيز في تحديد العقد التجاري الدولي، مصدر سابق، ص٤٧.

(٣٠) د. بشار الاسعد، عقود الدولة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق،ص١٣٧.

(٣١) د. صلاح علي حسن، الوجيز في تحديد العقد التجاري الدولي، مرجع سابق، ص٤٩.

يرى بعض الفقهاء[٣٢] أنّه يحق للأطراف تعديل اختيارهم بشأن القانون الواجب التطبيق في فترة لاحقة على إبرام العقد وهو ما اعتنقته اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن االلتزامات التعاقديّة، حيث قرّرت بأنّه يجوز للأطراف الاتّفاق على اختيار القانون الواجب التطبيق في أيِّ مرحلة، سواء في وقت سابق، أو لاحق على إبرام العقد، بل ولهم تعديل الاختيار باختيار قانون آخر بخلاف ما سبق الاتِّفاق عليه، شريطة ألّا يؤثر ذلك على حقوق طرف ثالث، بمعنى أنّه إذا ترتبت حقوق مكتسبة للغير من العقد في ظلِّ قانون لاحق يؤدِّي إلى إهدار تلك الحقوق، ومع مراعاة هذا القيد فإنّ حُرِّيّة المتعاقدين في تعديل اختيارهم لقانون العقد تمارس في كافّة العقود، دون استثناء طائفة مُعيّنة[٣٣].

أمّا في خطابات الضمان فإنّ الاختيار اللاحق لا يتمتع بذات الأهميّة، ويرجع الفضل في ذلك إلى مبدأ استقلال خطاب الضمان عن العقد الأساس، ذلك أنّ اتِّفاق الأطراف على تعديل القانون الواجب التطبيق على عقد الأساس لن يؤثر على التزامات الضمان[٣٤].

إنّ العقد الدوليِّ في حقيقته قد يتضمن عدة عناصر وهذا قد يدفع أطرافه إلى تجزئة تلك العناصر وإخضاع كل منها إلى قانون مختلف، باعتباره أكثر اتِّصالًا بهذا الجزء أو ذاك، فالتجزئة المعنية هنا هي التي يتصدى لها الأطراف عند الاختيار، واجهت هذه الفكرة اعتراض من جانب من الفقه، اذ اقرُّوا وجوب الحفاظ على وحدة العقد، وإخضاعه في جميع جوانبه لقانون واحد، حيث تؤدي هذه التجزئة إلى تقطيع أوصال العملية التعاقديّة، والإخلال بالتوازن العقديِّ، ممّا ينعكس على الاستقرار اللازم للرابطة العقديّة في مجموعها، وينتج عنه المخالفة لروح القانون الذي أباح للمتعاقدين اختيار قانون العقد، وليس اختيار قوانين العقد[٣٥] .

وفي الاختيار الصريح عندما يضمن الأطراف عقدهم صراحةً القانون الذي سوف يحكم علاقاتهم في المستقبل، في هذا الفرض لا توجد مشكلة، والعملية سهلة جداً، تقوم على وجود

---

(٣٢) المرجع نفسه، ص٤٨.

(٣٣) عوني محمد فخري، اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على االلتزامات التعاقدية- دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق،ص ١٢٩.

(٣٤) محمود لطفي محمود، تنازع الاختصاص القانوني في خطابات الضمان المصرفية، مرجع سابق، ص٢٣٦.

(٣٥) د.السيد عبدالمنعم حافظ السيد، قانون االلتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، مرجع سابق،ص٧٨.

شرط في العقد أو بند يـــنص علـــى أنّه: "في حال قيام نزاع فإنّ قانون دولة ما هو الواجب التطبيق"، لكن نشوء الخلاف والنزاع يكون عندما يسكت المتعاقدون عن اختيار القانون الذي يحكم عقدهم في هـــذه الحالة، فيركن القضاء إلى البحث والتفسير عن إرادة الأطراف الضمنية.

ثانياً: الإرادة الضمنية:

من النادر أن يتجاهل الأطراف في العقود الدوليّة تحديد القانون الواجب التطبيق بصورة صريحة، ومع ذلك فهناك من الحالات ما لا تكون فيها إرادة الأطراف واضحة، فعندما تكون نية الأطراف في العقد بشأن القانون الذي يحكمه لم يتم التعبير عنها في كلمات، ممّا يؤدي إلى وجود بعض المشكلات تظهر عند سكوت المتعاقدين عن الاختيار الصريح لقانون العقد(٣٦)، فهنا يكون من واجب المحكمة أن تستنبطه من العوامل المحيطة بالعقد، أي أنّ القاضي أو المحكم يجد نفسه مضطراً في غياب الاختيار الصريح لقانون العقد لاستجلاء إرادة الأطراف الضمنية، إذا كانت هناك قرائن أو مؤشرات تدل على وجود هذه الإرادة، وذلك بوصفها كما سبق القول إرادة حقيقية تُنبئ عن ميل واضح، وإن كان يكمن إلى اختيار نظام قانونيٍ مُعيّن(٣٧) .

وقد أكّدت غالبية التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدوليّة ذات العلاقة على ضرورة استجلاء الإرادة الضمنية للمتعاقدين عند غياب الإرادة الصريحة، وهو ما أشارت إليه المادة(١١١٩)من القانون المدنيِّ المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ "... هذا ما لم يتفق المتعاقدان، أو يتبين من الظروف أنّ قانون آخر هو الذي يراد تطبيقه"، والمادة(٢٥)من القانون المدنيِّ العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ "... هذا ما لم يتفق المتعاقدان، أو يتبين من الظروف أنّ قانون آخر هو الذي يراد تطبيقه".

كما نصت اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ في المادة(١١٣)على أنّه " .... يجب أن يكون هذا الاختيار صريحاً أو مستخلصاً بطريقة مؤكّدة من نصوص العقد، أو ظروف التعاقد"(٣٨).

---

(٣٦) د.ممدوح عبدالكريم حافظ، القانون الدولي الخاص الاردني والمقارن، كتبة دار الثقافة، عمان– الاردن، ٢٠٠٥م، ص١٧٥.

(٣٧) د. بشار الاسعد، عقود الدولة في القانون الدولي, مرجع سابق, ص١٣٧.

(٣٨) عوني محمد فخري، مرجع سابق، ص ١٣١.

ولتوضيح دور الإرادة الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان نستعرض قضية (البنك التركي والبنك الصيني)، تتمثل واقعات هذه القضية في أنّه بمناسبة عقد ابرمته شركة ايتا التركية مع الحكومة الليبية لإنشاء أحد المصانع في الجماهيرية الليبية، قامت شركة ايتا بابرام ثلاثة عقود مقاولة من الباطن مع إحدى الشركات الصينية، وقد اتفق في هذه العقود على قيام شركة (CSC) الصينية باستصدار ضمان بنكي لصالح شركة (ETA) وتنفيذا لهذا الاتّفاق وبناءً على طلب الشركة الصينية اصدر بنك الصين ضمانا مقابلا لصالح بنك تركيا والذي أصدر بدوره ضماناً مباشراً لصالح الشركة التركية، وقد تضمن هذا الضمان الأخير بنداً يقضي بخضوعه للقانون التركي، وعلى إثر نزاع بين الأطراف قام البنك التركي بمطالبة البنك الصيني بقيمة الضمان المقابل، غير أنّ البنك الصيني رفض الوفاء بقيمته، وعندما عرض النزاع على المحكمة الإنجليزية طالب البنك الصيني بتطبيق القانون الصيني، في حين طلب البنك التركي تطبيق قانونه، ونظراً لعدم وجود اختيار صريح من جانب الأطراف للقانون الواجب التطبيق على الضمانات المقابلة، اتّجهت المحكمة إلى تطبيق القانون التركي بوصفه قانون الإرادة الضمنية، فقد لاحظ القاضي أنّ صكوك الضمانات المقابلة قد نصت نصوص المنشور الإداري للبنك التركي، وكان هذا المنشور يحيل إلى القانون التركي، وقد استخلص القاضي من ذلك اتجاه إرادة الأفراد الضمنية إلى تطبيق القانون التركي، وأكّد على الارتباط القائم بين الضمان المقابل والضمان المباشر الصادر من البنك التركي والذي يخضع للقانون التركي وهذا يتفق مع الاتّجاه الذي يرى ضرورة تطبيق القانون الذي يُنظم القانون المباشر على الضمان المقابل[٣٩] .

تظهر أهميّة هذا الحكم في أنّه كشف الستار عن حقيقة دور الإرادة الضمنية ومبدأ استقلال خطاب الضمان المصرفيِّ عن العلاقات الأُخرى المرتبطة به، في تحديد القانون الواجب التطبيق على الضمانات المستقلة.

---

(٣٩) محمود لطفي محمود، تنازع الاختصاص القانوني في خطابات الضمان الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق– جامعة عين شمس، ٢٠١١م، ص ٢٢٩–٢٣٠.

ويمكن القول بوجود عدد من المؤشرات العامة التي يتفق الفقه والقضاء على الأخذ بها في هذا الصدد، ولعلّ من أهمّها وجود اختيار للمحكمة المختصة، أو وجود شرط للتحكيم يشير إلى دولة بعينها؛ كمكان للتحكيم، وكذلك مكان تنفيذ العقد، مع مراعاة صعوبة إعمال هذه القرينة في الفروض التي تتعدد فيها أماكن تنفيذ العقد في أكثر من دولة، وأيضاً استخدام لغة مُعيّنة في العقد، أو مكان إقامة الطرفين، وأحياناً جنسيتهم المشتركة، ومن المؤشرات الأُخرى تضمين العقد أحكام وقواعد مستمدة من قانون دولة مُعيّنة لتنظيم جانب مُهم من العقد(٤٠) .

ولم نلحظ للقضاء العراقي تطبيقا بخصوص الإرادة الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد خطاب الضمان المصرفيِّ، ولكنه يأخذ به بشكلٍ عام في تحديدِ القانون الواجب التطبيق على العقد الدوليِّ، ففي قرار صادر من محكمة التمييز العراقية جاء فيه "أمّا عن سريان القانون فإنّ القانون العراقي هو الذي يطبق في هذه الدعوى عملًا بالمادة(٢٥)من القانون المدنيِّ فقد ظهر من ظروف الدعوى أنّ الطرفين قد ارتضيا ضمناً تطبيق القانون العراقي"(٤١).

إنّ الاختيار الضمني بمُجرّد استنباطه والاستدلال عليه بقرائن مؤكّدة يتمتع بنفس سلطة الاختيار الصريح ويتعين الاحتكام بموجبه للقانون الذي وقع عليه هذا الاختيار.

من خلال ما تقدم نجد أنّ الإرادة الضمنية التي يبحث عنها القاضي يجب أنْ تكون مستندة على أساس حقيقيِّ، وعلى يقين أنّ إرادة الأطراف بالفعل إرادة حقيقية، وهي التي كان الأطراف يقصدونها، حتى لا ندخل في دائرة الإرادة المفترضة، والتي سيأتي عليها الكلام فيما بعد.

وتبين أيضاً أنّ الأحكام القضائية التي كشفت اختياراً ضمنياً للأطراف وأيضاً ومنها ما كانت تستوجب أن يكون هناك أكثر من قرينة حتى يؤخذ بالإرادة الضمنية، وبعضها اكتفت بالاستدلال على قرينة واحدة، وكذلك الاتفاقيات الدوليّة والمؤتمرات جاءت على شاكلة النصوص التشريعيّة، والأحكام القضائية بعضها نص على الأخذ بالاختيار الصريح، فإنْ لم يكن هناك

---

(٤٠) د. بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي, مرجع سابق, ص١٤٠

(٤١) قرار محكمة التمييز رقم ٩٩امدنية عامة أولى١٩٧١ في ١٩٧٢\٣\١١، منشور في مجلة القضاء، العدد الأول والثاني، ١٩٧٢، ص٢٤٦.

اختيار صريح يؤخذ بالاختيار الضمني، وتتراوح بين الأخذ بالاستخلاص من نصوص العقد، أو يستخلص بتأكيد معقول من نصوص وظروف العقد.

الفرع الثالث

دور قانون الإرادة في خطاب الضمان المصرفيِّ

إنّ خطابات الضمان المصرفية هي في غالبيتها بمثابة عقود وهذا ما ذكرناه عند تحديد الطبيعة القانونيّة لها، وأنّه متى كانت لهذه العقود الصفة الدوليّة كان في مقدور الأطراف أن يختاروا القانون الواجب التطبيق عليه، ولا تثور أي مشكلة في حالة اختيار أطراف خطاب الضمان المصرفيِّ القانون الواجب التطبيق، وهذا الأمر المتعارف عليه، لكن الصعوبة تثور في الفرض الذي تنتفي فيه الإرادة المعلنة، وهو أمر وارد وإن كان نطاقه محدود، ومن هنا يجب تحديد القانون الذي يحكم العلاقة الناشئة عن خطاب الضمان المصرفيِّ متى كان دولياً, وللوقوف على هذا القانون يلزم أن نُميِّز بين علاقات خطاب الضمان المصرفيِّ والقانون الذي يحكم كل علاقة منفردة، ولعلّ من المفيد أن نؤكّد أنّ خطاب الضمان المصرفيِّ ممكن أن يصدر من مصرف واحد، ويمكن ان يصدر من أكثر من مصرف، وكلّما تعدّدت المصارف ازدادت العلاقات تشعباً وتعقيداً، وتأسيساً على ذلك نقسم هذا الفرع إلى:

أولًا: خطاب الضمان المصرفيِّ الصادر من مصرف واحد.

ثانيا: خطاب الضمان المصرفيِّ الصادر من أكثر من مصرف.

أولًا: خطاب الضمان المصرفيِّ الصادر من مصرف واحد:

١- العلاقة بين العميل الأمر والبنك الضامن:

هذه العلاقة يحكمها القانون المتفق عليه صراحةً أو ضمناً بصورة مؤكّدة تطبيقًا لنص المادتين (١٩) و (٢٤) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ والمادة (٢٥) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، وفي حالة عدم الاتّفاق على اختيار القانون الواجب التطبيق، يلزم إعمال قانون البنك فوفق هذا القانون تتحدد شروط إصدار الضمان المترتبة على تأخر البنك في فتح الاعتماد بالتوقيع، والغالب ألّا يتم اللجوء إلى هذا القانون أو ذلك، ويرجع السبب في ذلك إلى أنّ

الشروط التي ترد في اتّفاق إصدار الخطاب غالباً ما تغطي كافّة هذه المسائل، فهي تتضمن عادة أدق التفاصيل باعتبار أنّها ترجمة حقيقية لكم من الموروثات التي أفرزها الواقع وأنتجتها الخبرات والتجارب، فقد جرت بها الأعراف التجاريّة وأصبحت مساراً ثابتاً[٤٢].

٢- العلاقة بين العميل الأمر والمستفيد

تخضع هذه العلاقة للعقد المبرم بين العميل الأمر والمستفيد، وقد يكون العقد عقد توريد، أو مقاولة، أو عقد من عقود الأشغال العامة، هذه العلاقة تكون مستقلة تماماً عن البنك فهو لا يضمن القيام بالتنفيذ ولا يراقب عملية التنفيذ، في حين تكون هذه العلاقة هي السبب في إيجاد خطاب الضمان المصرفيّ، لكنها تُعدُّ مستقلة تحكمها قواعد القانون الدوليِّ الخاص متى كانت علاقة دولية، فيسري عليها حكم المادة (١١١٩) مدني مصري وحكم المادة (١١٢٥) مدني عراقي، بمعنى أنّه يسري بشأنها قانون الإرادة الصريحة، أو الضمنية، فإنّ لم يوجد يسري قانون الموطن المشترك إذا اتحدا موطناً فإن لم يوجد يطبق قانون محل إبرام العقد[٤٣].

٣- العلاقة بين البنك الضامن والمستفيد:

في الأصل لا توجد علاقة بين البنك والمستفيد؛ لأنّ العلاقة تبدأ بين العميل المستفيد بموجب العقد الذي بينهما، والذي شرطه الأساسيِّ أن يقوم العميل بوضع التأمين النقدي لصالح المستفيد ضماناً لتنفيذ العقد، إلّا أنّ تطوُّر العمليات المصرفية ابتدعت خطاب الضمان، الذي بموجبه يلجأ العميل إلى المصرف على أن يصدر خطاب ضمان لصالح المستفيد، ويعهد المصرف بالوفاء بقيمة المبلغ المذكور في الخطاب خلال مُدّة مُعيّنة دون قيد أو شرط، وإن اعترض العميل على هذا الوفاء فيصبح خطاب الضمان هو الذي يحكم العلاقة الناشئة بين المصرف والمستفيد، فيقوم المصرف بتوجيه خطاب ضمان إلى الأخير الذي يحتفظ به إذا لم يكن لديه اعتراض عليه، فعدم الاعتراض على خطاب الضمان يعني القبول بشروطه كما هي، فالمستفيد يستطيع أن يرفض خطاب الضمان

---

(٤٢) د.عكاشة محمد عبدالعال، القانون التجاري الدولي- قانون العمليات المصرفية- دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٢م.، ص٣٤٤.

(٤٣) د.عكاشة محمد عبدالعال، مرجع سابق، ص٣٤٦.

وإعادته إلى مصدره لأيِّ سبب يراه، كأنْ يكون المبلغ أقل من المتفق عليه مع الآمر، أو أنّ مُدّة سريانه أقل ممّا تم الاتِّفاق عليه، أو في حالة وجود شرط يقلل من فاعلية خطاب الضمان(٤٤)، أمّا إذا قبل المستفيد بالخطاب سوف تنشأ علاقة بين المستفيد والبنك الضامن، وهذه العلاقة مستقلة عن علاقة العميل بالمستفيد، فلا يجوز للمصرف أن يرفض الوفاء للمستفيد بسبب يرجع إلى علاقة العميل بالمستفيد(٤٥).

وقــد يختلف الرأي بشـــأن تحديد طبيعة التزام البنك، فقد يكون التزام البنك في مواجهة المستفيد بموجب خطاب الضمان كفالة، ومن ثمّ يتعين خضوعه للقانون الذي يحكم الدين الأصلي المضمون، وقد يكون التزام البنك هو التزام مستقل ونهائي فإنّ القانون الواجب التطبيق بشأن هذه العلاقة يكون هو قانون البنك مصدر خطاب الضمان(٤٦).

ويعتقد جانب من الفقه (٤٧) أنّ تطبيق قانون البنك على هذه الحالة هو الحل السليم والصائب الذي يوافق حكم القانون؛ لأنّه ثمّة حقائق قانونيّة مستقرّة بشأن الأثر المُترتِّب على خطاب الضمان في إطار العلاقة بين المصرف والمستفيد:

الحقيقة الأولّى: أنّ البنك في خطاب الضمان يلتزم بصفته أصيلًا في مواجهة المستفيد، وأنّه ليس للعميل المعارضـــة في الوفاء، وفي ذلك تنص المادة(٣٥٨) من القانون التجاري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ أنّه " لا يجوز للبنك أن يمتنع عن الوفاء لمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالأمر، أو إلى علاقة الأمر بالمســتفيد"، **الحقيقة الثانية:** أنّ خطاب الضمان شخصي للمستفيد، بمعنى أنّ البنك الذي يصـــدره إنّما يتعهد بالوفاء لشـــخص مُحدّد هو المتعاقد مع عميل البنك الذي أصـــدر الخطاب بناءً على طلبه، ومن ثمّ لا يجوز للمســـتفيد التنازل عنه للغير، حتى ولو بالتبعية لتنازله

---

(٤٤) د. محمود الكيلاني، عمليات البنوك، ج١، الكفالات المصرفية وخطابات الضمان، دار الجيب للنشر والتوزيع، عمان– الأردن، ٢٠١٠م، ص٣٤٧.

(٤٥) د. يعقوب يوسف صروخة، خطاب الضمان المصرفي في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، كلية الحقوق– جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة السابعة عشر، ١٩٩٣، ص٧٥.

(٤٦) د. عكاشة محمد عبدالعال، القانون التجاري الدولي– العمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق، ص٣٤٧.

(٤٧) محمود لطفي محمود، مرجع سابق،ص٢٣٣.

عن العقد الذي أبرمه مع العميل إلّا بموافقة البنك، بشرط أن يكون هذا الأخير مأذوناً من قبل الأمر بإعطاء هذه الموافقة، وفي ذلك تنص المادة (٣٥٧) من القانون التجاري المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩على أنّه: " لا يجوز للمستفيد التنازل عن حقه الوارد بخطاب الضمان إلّا بموافقة البنك، وبشرط أن يكون البنك مأذوناً من قبل الأمر بإعطاء هذه الموافقة"، في ضوء هاتين الحقيقتين يرى بعض الفقهاء أنّ التكييف السليم للالتزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان أنّه التزام بالإرادة المنفردة بالكيفية والمدى الذي حدّده البنك في الخطاب[٤٨].

ثانيا: خطاب الضمان المصرفيِّ الصادر من أكثر من مصرف

من الناحية العملية يتم تنفيذ خطاب الضمان من مصرف واحد، وهو المصرف المصدر لخطاب الضمان، لكن في حالات مُعيّنة قد يكون هناك مصرف وسيط، يكون مركزه في دولة المستفيد، تقتصر مهمته على التبليغ بشروط خطاب الضمان بناءً على طلب المصرف الأوّل، دون أن يقع عليه أي التزام بسداد قيمة الضمان للمستفيد، وهذا المصرف قد يكون فرعاً للمصرف المصدر، وبالتالي فإنّ السؤال الذي يثور في هذا الصدد هو ما القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان المصرفيِّ في وجود أكثر من مصرف.؟ وهل بإمكان المصرف الأصيل تحديد القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان المصرفيِّ المنفذ من قبل مصرف آخر، وما هو دور إرادة المصرف الفرع في هذه الحالة...؟.

تتم عملية تعدُّد المصارف المصدرة لخطاب الضمان في الغالب بناءً على رغبة المستفيد، فقد يُفضّل أن يكون الضمان صادراً من مصرف يعرفه؛ لأنّه موجود في بلده، بدلًا من مصرف موجود في بلدٍ آخر يجهله، ففي هذه الحالة نكون أمام مصرفين، المصرف المصدر لخطاب الضمان، والمصرف المنفذ له، وهذا ما يُسمّى بالضمان المقابل، كما أنّ هناك ضمانات تمنح بشكل جماعيِّ من عدّة بنوك، وفي هذه الحالة تُسمّى الضمان الجماعيِّ.

([٤٨]) د. عكاشة محمد عبدالعال، القانون التجاري الدولي– العمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق، ص٣٤٩.

١- الضمان المقابل:

تتحقق صورة الضمان المقابل عندما يتفق المستفيد في عقد الأساس مع الطرف الآخر على تنفيذ خطاب الضمان من مصرف في بلده، على أن يكون خطاب الضمان قابلًا للتنفيذ في بلده، ولكن لمّا كان البنك الآمر ليس له فروع في بلد المستفيد، ولا يعرف بنكًا آخر مرسلًا فيه، فإنّه يطلب منه إصدار الضمان لصالح المستفيد بالصيغة التي تُملى عليه، بضمان صادر منه هو، يُسمّى الضمان المقابل الثاني الذي يصدره.

وفي هذه الحالة نجد أنّ هناك صورتين للضمان المقابل، فهناك الضمان الأوّل والثاني الضمان المقابل، ولذلك يجب الأخذ بالحسبان أنّ كل منهما مستقل عن الآخر، فلكل ضمان خصوصيته.

واستنادًا لمَا سبق يترتب نتيجتان[٤٩]:

النتيجة الأولى إذا كان الضمان المقابل مستقلًا فإنّ القانون الواجب التطبيق يلزم أن يتم تحديده استقلالًا شأنه شأن الضمان الأوّل، لكن في إطار العلاقة بين البنك الصادر عنه الضمان الأوّل والبنك الصادر عنه الضمان الثاني يسري القانون المتفق عليه بينهما، وبخلافه يتم تطبيق قانون البنك الصادر عنه الضمان المقابل؛ كونه صاحب الأداء المُتميّز في هذه العملية، أمّا بخصوص العلاقة بين المستفيد والبنك الصادر عنه الضمان المقابل يكون هذا الأخير هو القانون الواجب التطبيق باعتباره ملتزمًا بمقتضى إرادته المنفردة، وهو التزام يحكمه قانون البنك الملتزم بمقتضى قاعدة الإسناد.

النتيجة الثانية في العلاقة بين البنك الضامن الأوّل والبنك صاحب الضمان المقابل، يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون البنك صاحب الضمان المقابل، فإنّ ذلك لا يحول دون إمكانيّة تطبيق قانون آخر بمقتضى اتِّفاق الأطراف، كأن يقرر البنكان المحلي والأجنبي إخضاع العلاقات الناشئة عن الضمان بينهما للقانون الذي يحكم الضمان الأول.

([٤٩]) د.عكاشه محمد عبدالعال، مرجع سابق، ص٣٥١-٣٥٣.

ولم يكن موقف القضاء بعيداً عن التصور المتقدم ذكره، فقد انقسم بدوره ما بين تطبيق قانون المصرف الضامن المقابل وبين الأخذ بقانون المصرف الضامن المباشر، ولقد وضع القانون الفرنسيِّ موقفه مرتكزاً في ذلك على اتفاقية روما المبرمة عام ١٩٨٠، والمعمول بها في فرنسا عام ١٩٩١، فقد عدَّ قانون الدولة التي يوجد فيها المصرف الضامن المقابل هو الواجب التطبيق، بعده قانون مكان نشأة خطاب الضمان وصاحب الأداء المُميّز، وهذا ما أكّدته محكمة استئناف فرساي الفرنسيّة في حكم لها بتاريخ ٢٤ يناير ١٩٩١[٥٠]، أمّا بالنسبة للقضاء الإنجليزي فقد طبق قانون المصرف الضامن المباشر[٥١] وبخصوص موقف القضاء المصري فقد أخذت المحكمة العليا في حكم لها في ٢٧ شباط ١٩٨٤ بتطبيق قانون دولة المصرف المنفذ العملية[٥٢] ولم يتبقى أمامنا سوى القضاء العراقي الذي لم نلحظ له تطبيقًا للقانون الذي يحكم العلاقة الدوليّة لخطاب الضمان الذي يتم بين مصرفين، لكن من المؤكّد لو عرضت قضية في هذا الصدد على القضاء العراقي سوف يقضي بقانون إبرام العقد حسب ما جاء بالمادة (٢٥) من القانون المدنيِّ؛ لأنّه يتعذّر عليه اللجوء إلى الضابط الأوّل، وهو ضابط الموطن؛ كون المصارف المتنازعة كل منها في دولة.

٢- **الضمان الجماعي**[٥٣] :

---

(٥٠) مازن عبدالعزيز فاعور، الاعتماد المستندي والتجارة الإلكترونية في ظل قواعد والأعراف الدولية والتشريع الداخلي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٦، ص١١٢.

(٥١) منها قضية شركة إسبانية والثانية بنمية مقرها في الولايات المتحدة الأميركية، حيث طلبت الشركة الإسبانية بفتح اعتماد من مصرفها في إسبانيا أن يصدر فتح الاعتماد لصالح المستفيد الشركة البنمية في أمريكا، وكلف المصرف الإسباني مراسله في أمريكا بتبليغ الاعتماد للشركة البنمية مع قيامه بتنفيذه، رفعت الشركة البنمية كونها المستفيدة دعوى على كل من مصرف المصدر للاعتماد ومراسله بخصوص مدة صلاحية الاعتماد، فقررت المحكمة البحث عن القانون الواجب التطبيق على هذه المنازعة ذات الطبيعة الدولية وذلك لأن أطراف المنازعة لم يختاروا القانون الذي يحكم الاعتماد، رأت المحكمة أن القانون الأمريكي بوصفه قانون المصرف المنفذ للعملية هو الواجب التطبيق، نقلًا عن سلطان عبدالله محمود الجواري، مرجع سابق، ص١٦٨.

(٥٢) د.عكاشة محمد عبدالعال، قانون العمليات المصرفية، مرجع سابق، ص٣٨٩.

(٥٣) د.عكاشه محمد عبدالعال، مرجع سابق، ص٣٥٥.

الوجه الآخر لتعدُّد البنوك هو الضمان الجماعي، وهنا في هذه الحالة تتعدد البنوك دون تحديد مديراً للضمان الجماعي، إذ يكونوا جميعاً في مواجهة المستفيد مباشرة، ويكون للمستفيد أن يقدم طلب الوفاء إلى كل بنك لمطالبته بطاب الضمان الصادر منه، وبحسب حصته ونسبته في الضمان ليحصل على المبلغ الإجمالي.

وفي هذه الحالة يمكن للمستفيد أن يتفق مع كل بنك من البنوك على تحديد القانون الواجب التطبيق، أمّا في حالة انتفاء قانون الإرادة فيطبق قانون البنك الذي نشأ النزاع بينه وبين المستفيد. وتنطوي وجهة النظر هذه في فكرة التجمعات المصرفية على تعيين قائد للتجمع المصرفيِّ يقدم إليه طلب الوفاء، ويجب على هذا البنك أن يراعي ويراقب مصالح البنوك المشاركة في التجمع المصرفيِّ، ففي هذه الأحوال يكون القانون الواجب التطبيق حسب الاتِّجاه السائد هو الأخذ بمعيار الأداء المُميّز في العملية التعاقديّة، والذي سنبينه لاحقًا بشيء من التفصيل، وهو في هذه الحالة قانون المصرف المنفذ لعملية خطاب المصرفيِّ؛ كونه صاحب الأداء المُميّز في العملية، وهذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسيِّة في قرارها" قانون مكان حصول العقد ووجوب تنفيذه هو القانون الواجب التمسك به من حيث المبدأ ما لم تستفاد إرادة مختلفة لدى الأطراف"، ويرى جانب من الفقه أنّ قانون البنك القائد يحقق عدّة مزايا وهي: أنّه يتفق مع إرادة الأطراف الحقيقية متى لم يتم الإفصاح عن تطبيق قانون آخر، وبالتالي يصون توقعات الأفراد.

المطلب الثاني
القانون الواجب التطبيق في حال غياب قانون الإرادة

تمهيد وتقسيم:

إنّ غياب قانون الإرادة بصورتيه الصريحة والضمنية لم يجعل القاضي عاجزاً عن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، ولأجل ذلك وجب على القاضي المعروض عليه النزاع الاجتهاد لوصول إلى الحل الأنسب رغم الصعوبة التي يواجها، وهذا ما دفع القضاء الفرنسيِّ إلى التذرع بالإرادة المفترضة في بادئ الأمر حتى لا يقع القاضي تحت طائلة إنكار العدالة، ولتجنب الوقوع في هذه الحيرة اتّجهت أغلب التشريعات لوضع ضوابط جامدة لإسناد العلاقة العقديّة في تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، والمتمثلة بمحل إبرام العقد، أو الموطن المشترك، أو الجنسية المشتركة، إلّا أنّ الفقه الحديث اتّجه اتِّجاهًا مختلفًا تمامًا؛ وهو بإسناد الرابطة العقديّة إلى ضوابط مرنة لتحديد القانون الواجب التطبيق والمتمثلة بنظرية التركيز الموضوعي ونظرية الأداء المُميّز، لكل ما تقدم سنقسم هذا المطلب إلى فرعين كالآتي:

- **الفرع الأوّل: الإسناد التقليدي الجامد.**

- **الفرع الثاني: الإسناد الحديث المرن.**

الفرع الأوَّل

الإسناد التقليدي الجامد

اتّجهت أغلب التشريعات إلى الأخذ بالاتِّجاه القديم الذي استقرّ عليه فقه القانون الدوليِّ الخاص فيما يتعلّق بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدوليِّ في حالة عدم وجود إرادة صريحة، أو ضمنية، على النص على ضوابط ثابتة مستمدة من إرادة الأطراف، بوصفها إسنادا معبِّرًا عن الصلة الوثيقة بقانون دولة محل الإبرام، أو جنسية المتعاقدين، أو موطنهما المشترك، ومن شأن هذه الضوابط أن تسهل عمل القاضي.

وسميت هذه الضوابط بالضوابط التشريعيّة؛ لأنّ المُشرِّع هو من يحدِّدها على سبيل الحصر، ولا يجوز للقاضي الاجتهاد بشأنها، عدا ما يلزم لفهم الضابط التشريعيّ[٥٤] .

أشار المُشرِّع المصري في المادة (١٩) من القانون المدنيِّ، ويقابله المادة (٢٥) من القانون المدنيِّ العراقي[٥٥]، على: "(١)يسري على االلتزامات التعاقديّة قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتّحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق

---

(٥٤) د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، ص١٧٩.

(٥٥)القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م، القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م.

المتعاقدان، أو يتبين من الظروف أنّ قانون آخر هو الذي يراد تطبيقه.(٢) قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن يسري قانون هذا العقار ".

لذا حسب النص السابق فإنّ ضوابط الإسناد الجامد هي:

أولًا: قانون الموطن المشترك:

منح المُشرِّع المصري والعراقي هذا الضابط الدور الأوّل من حيث الترتيب في حال تخلف قانون الإرادة الصريحة أو الضمنية.

ويدافع أنصار هذا الضابط بالقول: أنّ القانون الذي يعرفه المتعاقدون أكثر من غيره، فقد اعتادوا ان ينظموا سلوكهم وفقًا لأحكامه، وبهذا أصبح بمقدورهم أن يتوقعوا ما يترتب على تطبيقه من آثار سلبية، أو إيجابية بالنسبة لهم[٥٦]، بالإضافة إلى أنّ قانون الموطن هو القانون الأكثر معرفة ودراية لدى أطراف العلاقة التعاقديّة، على اعتبارهم قد اعتادوا على تنظيم سلوكهم وتصرفاتهم وفق أحكام هذا القانون[٥٧].

وبالرغم من اتِّفاق غالبية الفقه والتشريعات على هذا الضابط لوضوحه في تحديد القانون الواجب التطبيق، إلّا أنّه لم يسلم من سهام النقد التي طالته بلا شك؛ كونه لا يصلح في كل الأحوال لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدوليِّ؛ لأنّ المتعاملين في التجارة الدوليّة غالبًا ما يقطنون في دول مختلفة الأمر الذي ترتب عليه عدم إعمال هذا الضابط في حالات نادرة[٥٨] .

ومن الثابت أنّ التشريعات الوطنية تبنّت معيار الموطن المشترك كقانون يطبق على هذا العقد الدوليِّ في حالة غياب قانون الإرادة، ومنحت له الأوّلوية في التطبيق، إلّا أنّ اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع للبضائع استبعدت تطبيق هذا المعيار، بل واشترطت اختلاف موطن أطراف العقد، حيث قضت أحكام المادة الثانية من هذه الاتفاقية بأنّ هذه الأخيرة تطبق على عقود بيع البائع

([٥٦]) محمود لطفي محمود، مرجع سابق، ص٢٤٨.

([٥٧]) احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص١٨١.

([٥٨]) احمد عبدالكريم سلامة، مرجع سابق، ص٢٤٩.

بين الأطراف الذين تتواجد أماكن عملهم في دول مختلفة، على أن تكون هذه الدول متعاقدة، أو عندما تقضي قواعد القانون الدوليِّ الخاص بتطبيق قانون دولة متعاقدة[٥٩] .

أمّا بالنسبة لخطاب الضمان المصرفيِّ فإنّه يصلح للتطبيق على الضمان المباشر، أمّا قيما يتعلق بالضمان المقابل فإنّه يصعب الأمر معه تطبيق هذا الضابط.

ثانياً: قانون مكان إبرام العقد:

وضعت بعض التشريعات هذا الضابط في مواضع مختلفة من حيث الأوّلوية، فالمُشرِّع المصري والعراقي وضعاه في الترتيب الذي يلي ضابط قانون الموطن المشترك، أي أنّه احتل المرتبة الثانية.

ومن أهم مبرِّرات الأخذ بهذا الضابط لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدوليِّ في غيبة قانون الإرادة أنّه يكفل العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد، وبالتالي فإنّه يضمن الأمان القانونيِّ وهذا ما يحقق الاستقرار القانونيِّ على مستوى التجارة الدوليّة[٦٠] .

وبالرّغم من المُميّزات التي اعتلت هذا الضابط، إلّا أنّ الانتقادات قد وُجِّهت إليه؛ كونه لا يعبِّر بالضرورة عن القانون الأوثق صلة بالعقد، حيث إنّ بعض العقود تتّسم بالصدفة، أو العرضية، في ظلِّ التطوُّر الحاصل على مستوى التجارة الدوليّة[٦١] .

بقي أنْ نبيِّن مدى مُلاءمة هذا الضابط لخطاب الضمان المصرفيِّ، حقيقة نقف عن الانتقاد الذي وجه إلى هذا الضابط أنّه لربما في بعض العقود يتصف بالصدفة أو العرضية، وهذا الأمر ممكن الحدوث في خطاب الضمان المصرفيِّ على الرغم من استقلاليّة علاقاته المتعددة، إلّا أنّه وارد الحدوث وبشكلٍ كبيرٍ، الأمر الذي يصعب معه أن يكون محل إبرام الخطاب معبِّراً عن مركز ثقل في العقد، وعلى وجه الخصوص العقود إلى تبرم بين غائبين.

---

(٥٩) د. ماهر قنبر العزاوي، مرجع سابق، ص١٠٢.

(٦٠) حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص٤٠.

(٦١) حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، ص٤٢.

ونورد بعض الملاحظات على ما تقدم، وهي كما يأتي:

١- القانون المختار (قانون الإرادة) صراحة أو ضمنا .

٢- قانون الدولة التي فيها العقد في حالة اختلاف الموطن- وهو الغالب فالطرف الأوّل يكون متوطناً في بلد، والطرف الثاني يكون متوطناً في بلدٍ آخر، وإذا ما تم عن طريقة المراسلة نطبق الأحكام التي نصت عليها المادة (٩٧) من القانون المدني المصري، والتي تنص على "١- يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد نص قانونيٍّ يقضي بغير ذلك"، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول، ويقابلها المادة (٨٧) من القانون المدنيِّ العراقي والتي تنص على" ١- يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتِّفاق صريح أو ضمني أو نص قانونيٍّ يقضي بغير ذلك، ٢- ويكون مفروضا أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما"، وهذه البدائل تكون متسلسلة، لا يجوز للقاضي مخالفتها؛ لأنّها وردت بقاعدة آمرة لا يجوز الاتِّفاق على مخالفتها[٦٢] .

وقد تسنى لقضاء محكمة النقض المصرية تطبيق الفقرة الأوّلى من المادة (١٩) من القانون المدنيِّ المصري على النص في الفقرة الأوّلى من المادة (١٩) من القانون المدنيِّ، وهذا يدل على أنّ المُشـــرِّع اعتد أساساً بالإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين؛ كضابط للإسناد في االتزامات التعاقديّة، فإذا سكت المتعاقدان عن إعلان رغبتهما الصريحة في تطبيق قانون مُعيّن، وإذا لم تتحد الإرادة الصريحة أو الضمنية وجب تطبيق قانون الموطن المشترك، وإلّا فقانون الدولة التي تم فيها التعاقد، إلّا أنّه اســـتثناء من هذه القاعدة نص في الفقرة الثانية من المادة المشـــار إليها على أن: " قانون موقع العقار هو الذي يســـري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار"، وبهذا فإنّ كافة العقود المتعلقة بعقار موجود في مصر تخضع للقانون المصري، سواء كانت تتعلق بحق شخصي

---

(٦٢) د. علي فوزي الموسوي، قاعدة الإسناد وموقف القانون العراقي منها دراسة مقارنة, مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٦، ص٤٥.

كعقد الإيجار، أو تتعلق بحق عيني كعقد البيع[٦٣]، وأمّا القضاء العراقي فقد طبق الفقرة الأولّى من المادة (٢٥) من القانون المدنيِّ العراقي، حيث قضت محكمة استئناف بغداد الرصافة في قرار لها بتطبيق القانون الكندي لمقاطعة البيرتا الكندية بموجب ما اتفق عليه طرفا الدعوى واستناداً للفقرة (١٢) من العقد المبرم بين شـــركة أوجي كروب والشركة الحرة الدوليّة لحساب شركة المشاريع النفطية بشأن مشروع تطوير حقول نفط حمرين[٦٤] .

وأشارت الفقرة (٢) من المادة (١٩) في القانون المدنيِّ المصري إلى تحديد القانون الذي يحكم العقد، وهي أن يسري على الالتزامات التعاقديّة قانون الدولة التي توجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أنّ قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه يدل أنّه يتعين الوقوف ابتداءً على ما تتجه إليه إرادة المتعاقدين الصريحة، أو الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقديّة، فإذا لم يفصح المتعاقدان عن إرادتهما في هذا الشأن وجب تطبيق قانون الموطن المشترك، وإلّا فقانون الدولة التي تم فيها العقد[٦٥]

ويتضح ممّا تقدم أنّ المُشرِّعين المصري والعراقي لم يفسحا المجال أمام القاضي للاجتهاد في المسألة المعروضة أمامه، إنّما أسند العلاقة العقديّة إسناداً جامداً، وهذا ما أصبح يتنافى مع تطوُّر

---

(٦٣) حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٩٩\٣\١٤, طعن رقم (٨٧١٤) لسنة (٦٦) س ٥٠ ع ١ص ٣٨٨ ق ٧٤، على الموقع الإلكتروني:

http//www.cc.gov.eg/courts/cassation_court/all/cassation-court_all_cases.aspx

خر زيارة للموقع في ٢٠٢١\٥\١٥ ساعة ٦:٠٠ مساء.

(٦٤) محكمة استئناف بغداد الرصافة، صادر في ٢٠٠٨\٦\٢٢، ٥١٤\الهيئة الثانية\٢٠٠٧، أشار إليه د. علي فوزي الموسوي، مرجع سابق ص٤٥.

(٦٥)حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٨٩\١٢\١٤, طعن رقم (١١١٤) لسنة (٥٢) س ٤٠ ع ٣ ص ٢٤٤ ق ٣٦٠، على الموقع الإلكتروني:

http//www.cc.gov.eg/courts/cassation_court/all/cassation-court_all_cases.aspx

آخر زيارة للموقع في ٢٠٢١\٥\١٩ ساعة ٩:٠٠ مساء.

العلاقات التجاريّة الدوليّة التي باتت بحاجة إلى مرونة في التعامل، والذي استدعى ظهور نظريّة التركيز الموضوعي ونظرية الأداء المُميّز.

ثالثًا: ضابط قانون الجنسية المشتركة:

أخذت العديد من التشـــريعات بهذا الضابط، ومنها القانون المدنيِّ الإيطالي الصادر في عام ١٩٤٧ والمعدل عام ٢٠١٢ في المادة (٢٥) منه، الذي وضع قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين في المرتبة الأوّلى؛ بوصـــفه ضابط إسناد احتياطي يأتي بعد قانون الإرادة، وكذلك القانون المدنيِّ الإســباني الصادر في عام ١٨٨٩م في المادة (١٠\٥) الذي منح لقانون الجنسية المشتركة نفس الأفضلية الممنوحة له في القانون الإيطالي[٦٦].

لكن بالرغم من اعتماد بعض التشريعات لضابط الجنسية المشتركة كقانون يطبق على العقد الدوليِّ في حالة غياب قانون الإرادة، إلّا أنّه يصـــعب تطبيق هذا الضابط في مجال العقود، وذلك راجع لضعف الصلة بين هذا الضابط والعقد، فجنسية الأطراف تعد من العناصر غير المؤثرة في عقود المعاملات الدوليّة[٦٧].

الفرع الثاني

الإسناد الحديث المرن

سبقت الإشارة إلى أنّ الإسناد الجامد هو من صنع المُشرِّع؛ كونه هو من يقوم بوضع الضوابط الاحتياطية التي ينبغي على القاضي اتِّباعها وتطبيقها على العلاقة القانونيّة المعروضة أمامه في حال غياب قانون الإرادة، وليس أمامه أي فرصة للاجتهاد في المسألة التي يحكمها، لكن بعض العقود واجهت صعوبة في تطبيق الإسناد الجامد عليها. ونظراً للتطور السريع الذي يشهده العالم في وسائل التجارة الحديثة من هذا المنطلق تبنّت أغلب التشريعات الحديثة منهج الإسناد المرن باعتمادها على الروابط الموجودة في العقد، والتي لا بُدّ أن تكون على صلة وثيقة بقانون بلد مُعيّن لاسيّما وأنّ

---

(٦٦) محمود لطفي محمود، مرجع سابق، ٢٤٩.

(٦٧) محمود لطفي محمود، مرجع سابق، ص٢٥٠.

القاضي له السلطة التقديرية في إيجاد القانون الواجب التطبيق على العقد في حال غيبة قانون الإرادة، بناءً على ذلك حريٌ بنا التطرُّق لهذا الموضوع من خلالِ تقسيم هذا الفرع إلى:

أولاً: نظرية التركيز الموضوعي.

ثانياً: نظرية الأداء المتميز.

أولًا: نظريّة التركيز الموضوعي:

أ- مفهوم النظريّة :

تعود فكرة التركيز الموضوعي إلى الأستاذ الألماني سافيني، ثم تطوّرت فيما بعد على يد الفقيه باتيفول[٦٨]، والتي هي امتداد لنظرية القواعد المادّية، ومؤدى هذه الفكرة أنّه يتم تركيز العقد حسب معطياته الخارجية لتحديد القانون الواجب التطبيق، والتي يرجع فيها للقاضي لتعيين القانون المختص بناءً على دور الإرادة في تحديد مقر العقد، باعتبارها عنصراً أساسيًا في عملية التركيز، رغم أنّها لا تمثل العنصر الحاسم في الموضوع، لا سيّما أنّه يمكن إهمالها في الحالات التي لا تُعبِّر فيها حقيقة عن المكان الذي يتعين فيه تركيز العقد[٦٩]. لذلك يرى باتيفول بضرورة التركيز المكاني للرابطة العقديّة في ضوء ظروف التعاقد، وأحداثه الخارجية في كل حالة بصورة مستقلة، ومن ثمّ إرادة الأطراف لا تعيِّن القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدوليِّ، وإنّما يتم تركيز العقد في مكانٍ مُعيّن بالنظر إلى موضوع العلاقة العقديّة وظروف التعاقد، وحين يتم تركيز العلاقة العقديّة بهذا الشكل فالقانون الذي اختاره الأطراف هو القانون الواجب التطبيق على العقد[٧٠]،وبذلك فإنّ

([٦٨]) د. ماهر قنبر العزاوي، مرجع سابق، ص٢١١.

([٦٩]) خالد عبد الفتاح محمد، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢،ص٥٥

([٧٠]) هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١م، ص٢٨.

نظريّة باتيفول حافظت على الإرادة واعتمدت عليها كليًا في تركيز العلاقة العقديّة في مكان مُعيّن، ليتحدد بذلك القانون الواجب التطبيق.

ويرى الفقه سافيني أنّ إسناد العقد يكون لقانون مكان تنفيذه، وذلك في مؤلفه الشهير في القانون الروماني المترجم إلى الفرنسيّة سنة ١٨٥١ باعتبارات أنّ العلاقة التعاقديّة ترتّب آثارها في هذه الدولة، وتستند على أساس فكرة الخضوع الاختياري لمركز العقد مكانيًا في دولة التنفيذ يرجع إلى افتراض رضاء أطرافه بالخضوع لقانون هذه الدول(٧١).

إنّ ضابط محل تنفيذ العقد يعد أكثر الضوابط موضوعية وتأثيراً لدى الفقهاء في مجال تحديد القانون واجب التطبيق، فمحل تنفيذ العقد على عكس محل إبرامه، لا يمكن أن يكون مكاناً عرضيًا بالنسبة للعملية العقديّة، فهناك دائماً رابطة جوهريّة بين العقد ومحل التنفيذ؛ كما أنّ التنفيذ يعدُّ الهدف الأساسيّ الذي يسعى من أجله الأطراف عند إبرام العقد، فهي النتيجة المرجوة من إبرام العقد، وهو الذي يعوّل عليه الغير، ومن يكون في صالحه(٧٢).

وفي الحقيقة أنّ لهذه النظريّة دورٌ حول فكرة مفادها أنّ العقد رغم ميلاده أساساً من واقعة مادية، تتمثل في التقاء إرادة أطرافه حول ترتيب آثار قانونيّة مُعيّنة، فإنّ هذا العقد يُشكّل في حدِّ ذاته واقعة قانونيّة يمكن أن تقع تحت الحس من خلال المظاهر المادية، وهذه المظاهر المادّية يكون من شأنها ربط هذا العقد بوسط اقتصادي مُعيّن، بحيث يكون من الطبيعي أو ينفرد النظام القانونيّ لهذا الوسط بتنفيذ هذا العقد بمجموعه (٧٣)، وأنّ هذه النظريّة في الواقع هي محاولة للتوفيق بين النظريّة الشخصيّة ونظرتها في احترام مبدأ سلطان الإرادة، والتسليم بكافة نتائجها وبين المذهب الموضوعي وواقعيته التي دفعت بأنصاره إلى تقييد هذا المبدأ والأخذ إمّا بالقرائن (ضوابط الإسناد) المُحدّدة سلفًا، أو ترك أمر تحديدها للقاضي من خلال الظروف المحيطة بالعقد محل

---

(٧١) خالد عبد الفتاح محمد، مرجع سابق، ص٥٦.

(٧٢) د.هشام صادق، عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٣٠.

(٧٣) د.عصام الدين القصبي، النظام القانوني للعمليات المصرفية، دراسة تطبيقية خاصة بالاعتماد المستندي، مرجع سابق، ص٢٦.

النزاع، فنظرية التركيز نظريـــة أرادت أن تتلافى الانتقادات التي وجهت إلى أنصار المذهب الشخصي، دون التضحية باحترام إرادة الأطراف [٧٤] .

وفي واقع الأمر أنّ تحديد القانون الواجب التطبيق وفقًا لظروف العقد وملابساته يختلف من عقد لآخر، حتى ولو كنا بصدد عقود ذات طبيعة واحدة، فإنّ القانون المطبق على كل عقد يختلف عن باقي العقود من نفس الفئة، والأمر يعود إلى القاضي الذي يبحث في القانون ليركز العلاقة العقديّة، وذلك برجوعه إلى ظروف وملابسات التعاقد، وهي مسألة لا نجدها في الضوابط العامّة سالفة الذكر، والتي يُعد فيها الإسناد المسبق أمرٌ محسوس، ولا يختلف من عقدٍ لآخر ذات الطبيعة الواحدة[٧٥] .

وهذا يعني أنّ الإسناد الجامد للعلاقة العقديّة يعتمد على قوانين مُحدّدة مُسبقًا في القانون، وتكون موحّدة بالنسبة للعقود ذات الطبيعة الواحدة، والتي تندرج ضمن نفس الفئة، دون أن يكون للقاضي مجالًا لإعمال سلطته التقديرية في الموضوع، على عكس تحديد القانون وفقًا لظروف العقد، حيث يختلف القانون المطبق على كلِّ عقد، حتى وإن كانت تلك العقود تدخل في فئةٍ واحدة.

كما أنّ نظريّة القانون الأكثر ارتباطًا والأكثر فاعلية، والـــذي يكـــون هو قانون المكان الذي يرتبط بالعقد ارتباطًا أوثـــق، ولابـــدّ أنْ يكـــون هـــذا الارتباط عن طريق دلائل موضوعية ناتجة عن العقد؛ لأنّ العقد هو التقاء إرادتين على أحداثِ أثر قانونيٍّ، قد تقع تحت الحـــس مـــن خلال استنتاج أمارات موضوعية، وهنا الارتباط الأوثق ليس فقط إلى قـــانون محل الإبرام، فإنّه قد يكون الأكثر ارتباطًا وقد لا يكون، وقد يكون قانون مكان التنفيذ أكثر فاعلية وأكثر ارتباطًا، هذا الذي تقـــوم عليـــه نظريـــة التنـــازع المزدوجة في القانون الدوليِّ الخاص المعاصر، ومن ضمن الأُسُس التي تقـــوم عليه هي إسناد العلاقة للقانون الأوثق صلة بالعقـــد، وتُعـــد فكـــرة التركيـــز الموضوعي تطبيقًا نموذجيًا لهذا الأساس الجوهري لإسناد العلاقـــة القانونيّة، وهي تُعدُّ أساسًا لحل مشكلة تنازع القوانين في مادة الالتزامات التعاقديّة لـــدى القضاء الأمريكي؛ لأنّ هذا القضاء يعتمد على مكنّة

([٧٤]) د. عصام الدين القصبي، مرجع سابق، ص٢٩.

([٧٥]) مناصف أمين، مرجع سابق، ص٥٥.

القاضي في صنع القانون في حال غياب الاختيار، فإنّه يتعين على القاضي البحث عن القانون الأكثر استجابة لخصوصيات الحالة المعروضة، ويتوافق مع مفهوم المحكمة المختصة بنظر النزاع حول فكرة العدالة والتنمية الاجتماعيّة[٧٦].

وقد نصت بعض القوانين على الأخذِ بالقانون الأكثر ارتباطاً بالعقد عند عدم مقدرة الأطراف على الاختيار، ونذكر من ذلك القانون الدوليِّ الخاص الياباني، وذلك في المادة الثامنة الفقرة (١) ونصها: "إذا لم يوجد اختيار طبقًا للمادة السابعة يخضع تكوين العقد وآثاره لقانون المكان الذي يرتبط به التصرف القانونيِّ ارتباطًا وثيقًا"، كذلك نص القانون الدوليِّ الخاص البولندي على تطبيق القانون الأكثر ارتباطًا بالعقد، وذلك عند عدم الاختيار من قبل الأطراف بنص المادة (٣٢) فقرة (٢)على أنه: "إذا نتج من الظروف أنّ الالتزام أكثر ارتباطاً بقانون دولة أُخرى يطبق هذا القانون الأخير"[٧٧].

وكذلك نصت اتفاقية روما ١٩٨٠ بشأن القانون واجب التطبيق على االلتزامات التعاقديّة في حالة سكوت الأطراف عن اختيار القانون بنص المادة(١/٤) من الاتفاقية، إذا كان القانون واجب التطبيق على العقد لم يتم طبقًا للمادة (٣) ترجع المحكمة إلى المادة (٤) من الاتفاقية والتي نصت على أنه: "يخضع العقد لقانون الدولة التي يكون مرتبطًا فيها ارتباطًا وثيقًا"[٧٨].

إنّ إعمال نظريّة التركيز الموضوعي على العقد الدوليِّ يترتّب عليه حتمياً ربط العقد الدوليِّ بقانون دولة مُعيّنة، واستبعاد فكرة العقد المتجرد من كل قانون، بالإضافة إلى وجوب وجود صلة بين القانون المختار من طرف القاضي والعقد الدوليِّ، والأمر يرجع إلى أنّ القاضي بالأساس يختار القانون الذي يكون أوثق صلة بالعقد، كما أنّ هذه النظريّة تجعل من العقد الدوليِّ خاضعاً لقانون واحد، أي استبعاد فكرة تجزئة العقد، أو إعمال أكثر من قانون عليه[٧٩] .

([٧٦]) د.هشام صادق، عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٢١٨.

([٧٧]) مشار إليه لدى د.ماهر إبراهيم قنبر العزاوي، تنازع القوانين في عقد التأمين– دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص٢٤٣.

([٧٨]) عوني محمد فخري، مرجع سابق، ص

([٧٩]) د. هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، ص٣٥١.

ب-**تقييم النظريّة:**

من أهم مميزات قانون الإبرام[٨٠]:أ- إن الإسناد إلى قانون مكان الإبرام يُعبِّر عن الصلة القوية التي تربط العقد بمحل ميلاده الأوّل .ب- قانون دولة الإبرام هو القانون الذي يُسهِّل على المتعاقدين الرجوع عليه، والتأكُّد عند التعاقد من السلامة القانونيّة للشروط التي يتم إدراجها في العقد، وأيضاً يدل هذا الإسناد على كتلة واحدة القانون واجب التطبيق على الرابطة العقديّة .ج- إن قانون مكان إبرام العقد يوفر الحماية المطلوبة للعاقد الضعيف وهو المؤمن له؛ لأنّه في الغالب يكون قانون مكان محل إقامة المؤمن له .

أمّا بالنسبة لأهم الانتقادات التي وجهت لقانون مكان الإبرام ما قيل عن أن قانون مكان الإبرام يُعبِّر عن الصلة الوثيقة التي تربط بين العقد ومكان الإبرام، لا تستند على أُسُس حقيقية كما ذهب بعض الفقه، ذلك أنّ مكان إبرام العقد وإن كان محل ميلاده الأوّل إلّا أنّه لا يُعبِّر مع ذلك عن حقيقة المصالح المبتغاة التي ترتبط بالعلاقة العقديّة، وكذلك في ظل التطوُّر الذي حصل في العالم من سرعة في التعاقد من أجل سير أعمال التجارة العالمية قد يكون وليد الصدفة[٨١].

كذلك قانون محل التنفيذ حظي ببعض **المُميّزات**، أهمها: "محل تنفيذ العقد لا يمكن أن يكون عرضياً بالنسبة للعملية العقديّة، فهناك دائماً رابطة جوهرية بين العقد ومحل تنفيذه. العقد يتجسد مادياً في مرحلة التنفيذ، كما أنّ هذا التنفيذ يمثل الهدف الأساسيِّ الذي يسعى إليه الأطراف بإبرامهم للعقد، وهو النتيجة المأمولة من جانبهم والمتعين اقتضاؤها"[٨٢] وهو الأمر الذي يعول عليه الغير وتتأثر به مصالحه . "وان ظهور العناصر المادية العقديّة إلى العالم الخارجي في دولة التنفيذ هو الذي يمكن غير المتعاقدين من العلم بوجود هذه العلاقة فيصون لهم "[٨٣] .

ومثلما حظي قانون محل التنفيذ بالمُميّزات قد لاقى أيضاً بعض **الانتقادات** انه يواجه صعوبات عملية، وهو تعدُّد محال التنفيذ، وذلك في العقود الملزمة للجانبين التبادلية، أو في حالة

([٨٠]) د.هشام علي صادق، مرجع سابق، ص٣٥٥.

([٨١]) د.هشام علي صادق، مرجع سابق، ص٥٤٥.

([٨٢]) د.عصام الدين القصبي، مرجع سابق، ص٥٠.

([٨٣]) د.هشام صادق، عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٥٥٩.

تعذر تحديد محل التنفيذ، وبالتالي فإنّ تعدُّد محال تنفيذ يؤدّي إلى صعوبة تحديد القانون واجب التطبيق على العقد إلّا من خلال التنفيذ الرئيسيِّ للعقد، وهذا يكون على عاتق القاضي، وهي عملية ليست باليسيرة، فإن تطبيق هذا الضابط قد يؤدّي إلى عدم استقرار المراكز القانونيّة للمتعاقدين خاصة إذا لم يكن هناك تحديد واضح لمحل تنفيذ العقد(٨٤).

ثانيًا: نظريّة الأداء المُتميّز:

أ- مفهوم النظريّة:

عرفّ جانب من الفقه: "الأداء المُتميّز في العقد هي فكرة تقوم على تفريد معاملة العقود وتحديد القانون واجب التطبيق على كل عقد حسب الوزن القانونيِّ والأهميّة الواقعية للأداء أو للالتزام الأساسيِّ في العقد، ومكان الوفاء به، أو تقديمه"(٨٥).

ويكمن التركيز السليم للعقد في البحث عن روابط بالنظر إلى وظيفته في الحياة الاقتصاديّة إذا قلنا أنّ العقد هو عقدٌ ألماني أو أسباني، فإنّنا لا نركز العقد بالمعنى الجغرافي المعروف للكلمة، ولكننا نختبر لأي مجال قانونيِّ وطني ينتمي العقد بطبيعته وانطلاقًا نحو أي نظام يجب أن يخضع له العقد (٨٦) .

إن فكرة الأداء المُتميّز هي عبارة عن تركيز موضوعي بحت لا دور فيه للإرادة على الإطلاق ولا حتى بوصفها عنصراً من عناصر التركيز، قوامها أن لكل عقد ينفرد بأداء مميز وبحدود خصائصه مشيدة بذلك التركيز بناء على عناصر مادية وموضوعية مستوحاة من طبيعة الرابطة العقديّة محل الأداء، فإذا كان من المؤكّد أنّ معظم العقود تتحدد بإرادة الأطراف، وهذا

---

(٨٤) د.عصام الدين القصبي، مرجع سابق، ص٥١.

(٨٥) د.احمد عبدالكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص ١٩٩.

(٨٦) د.خالد عبدالفتاح، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص١٥٩.

الأداء هو الذي يُميِّز العملية التعاقديّة بالنظر لوضـــعها الاقتصادي، بينما لا يكون الأداء الآخر إلّا مقابل نقدي، فإنّه يبدو عادلًا ومقبولًا ومتوافقًا مع احترام توقُّعات الأطراف إخضـــاع العقد لقانون وطن المدين بالأداء الرئيسيِّ في العقد، وهو ما يجعل وسيلة تحديد القانون واجب التطبيق في ظلِّ نظريّة الأداء المُتميّز أمراً ميسوراً، بوصفه الوسيلة التي يتم بمقتضاها تعيين أكثر القوانين اتِّصالًا بالعقد؛ نظراً لبساطتها ووضوحها وصيانتها لتوقعات الأطراف [٨٧].

وإنّ فكرة الأداء المُميّز تتطلب من القاضـــي القيام بعملية ذهنية لتكييف العناصـــر الواقعية المرتبطة بالعقد ووزنها في ميزان الإسناد، وهي بذلك ليست غريبة عن منهج التركيز الموضوعي للروابط القانونيّة على اعتبار أنّها تستند إلى أُسُس موضوعية لتحديد قانون العقد، وذلك عن طريق تحليـــل أداء المتعاقدين لبيان الأداء المُتميّز من بينها بهدف خضـــوع العقد بعد مقارنة هذا الأداء لقانون الدولة التي يتحقق فيها هذا الأداء المُتميّز وهو في نفس الوقت الأداء الرئيســـيِّ من مجموع أداء المتعاقدين[٨٨].

وأول من نادى بالأخذ بفكرة الأداء المُتميّز هو الفقيه الســـويسري Schnitzer، والذي برّر الأخذ بهذه الفكرة هو هناك طرف واحد في الحياة الاقتصـــاديّة للعقد يكون له دورٌ فعالٌ وظاهريٌ في إبرام العقد، فهو الذي يبيع وينقل ويعطي القرض، أمّا الطرف الآخر ربما يكون عمل عادي، وهذا الأخير لا يقع عليه الالتزام الرئيسيِّ للعقد، والذي نشأ العقد لأجله[٨٩].

ب-تقييم نظريّة الأداء المُتميّز:

١-مزايا نظريّة الأداء المُتميّز:

يتميز ضابط الأداء المُتميّز ببساطته المتناهية بالنسبة لأيِّ ضابط موضوعيِّ آخر، مثل محل إبرام العقد، أو محل تنفيذه، والذي قد يصعب تحديدها في بعض الأحيان[٩٠].

([٨٧]) د.عكاشة محمد عبدالعال، قانون العمليات المصرفية، الإسكندرية، ١٩٩٤، ص١٣.

([٨٨]) د.عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص١٨٧.

([٨٩]) د.خالد عبدالفتاح، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص١٥٣

([٩٠]) د.احمد الهواري، الوجيز في تنازع القوانين، بدون دار نشر، ١٩٩١، ص١٤٥.

ومن المُميّزات لهذا الضابط أنه كفل للمتعاقدين الأمان القانونيِّ دون أن يفقد مع ذلك المرونة المتطلبة في الإسناد، والذي يمكن من خلالها أن يختلف القانون واجب التطبيق في العقد حسب طبيعة العقد محل النزاع[٩١]، وأيضاً تتسم بالمرونة، وذلك لاختلاف صورها حسب كل فئة من العقود، ومع ذلك تحتفظ بالوضوح والتحديد، إذ يُمكن في إطار كل فئة من هذه العقود ذات الطبيعة الواحدة مثل عقود بيع المقاولات؛ أن تحدد مثلًا من البداية الأداء المُتميّز فيها بوصفه المعيار المنضبط الذي يستند العقد، ومثاله إلى القانون الساند في محل التنفيذ المفترض لهذا الأداء، وهو محل إقامة المدين المعتاد بغض النظر عن الظروف المحيطة بالتعاقد في الحالة المعروض[٩٢].

ومن مميزات ضابط الأداء المُتميّز أنه يفرق بين العقود المختلفة بحيث يمكن إسناد كل طائفة فيها إلى القانون الذي تتلائم وطبيعتها الذاتية، وهو القانون السائد في محل إقامة المدين بالأداء الرئيسيِّ فيها، وبالتالي فإنّ تعدُّد قواعد الإسناد وتنوعها بحسب طبيعة الرابطة العقديّة لمحل الإسناد سيضفي على هذه القواعد طابع الدقة والتفصيل، وهو الطابع الذي أصبح ثمة مستمرة للتطور الحديث في القانون الدوليِّ الخاص المعاصر[٩٣].

٢- الانتقادات

أول هذه الانتقادات التي وجِّهت لنظرية الأداء المُتميّز هي من صاحب هذه النظريّة نفسه الأستاذ Schnitzer /؛ حيث يرى أنه توجد دائماً ظروف استثنائية تبرر الخروج على مبدأ الأداء المُتميّز، لاسيّما إذا كانت العلاقات القانونيّة غامضة، أو ملتبسة يصعب تمييزها، وبذلك يكون هذا المبدأ عليه استثناءات وغير متكامل كما أنه توجد حالات يصعب تطبيق النظريّة بصددها وفي الحياة الاقتصاديّة يكون شكل أنواع الأشخاص الذين يعملون كوسطاء، مثل: الوكلاء بالعمولة، والوكلاء التجاريين وسماسرة قانون المشروعات التي يمولونها ومع عملائهم، وهذه العلاقات يجب أن تكون

---

(٩١) د.هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، ص٥٨٧.

(٩٢) د.هشام علي صادق، مرجع سابق، ص٥٨٩.

(٩٣) د. هشام علي صادق، المرجع نفسه، ص٦٠٠-٦٠١.

خاضعة لقانون المكان الذي يباشرون فيه وظائفهم الاقتصاديّة في الوساطة أي قانون مباشرة نشاطه[٩٤] .

وكذلك من الانتقادات التي وجهت لنظرية الأداء المُتميّز أنه لا يمكن التسليم بأن الالتزام بدفع مبلغ من النقود لا يعد أداء معتبراً هذا من ناحية، ومن ناحية أُخرى فإن هذه النظريّة تقوم على افتراض أن العقد ليس لديه إلّا محل تنفيذ واحد حتى لو نشأ عنه التزامان رئيسان، وفضلًا عن أن وجود بعض العقود المركبة التي يصعب معها تحديد الأداء المُتميّز للعقد؛ لأنّ الالتزامات الناشئة عن هذه العقود لها نفس الأهميّة بحيث يمكن اعتبار أي منها أداء متميز[٩٥] .

أ- الأداء المُتميّز في خطاب الضمان المصرفيِّ

إنّ العقد يُقسّم من حيثِ أثره إلى عقودٍ ملزمة لجانب واحد وعقود ملزمة لجانبين، ونظرية الأداء المُميّز لا تثير أي صعوبة في العقود الملزمة لجانب واحد؛ لأنّ الأداء المُميّز فيها واداء الطرف الملتزم، عليه عند تطبيق نظريّة الأداء المُتميّز على خطاب الضمان المصرفيِّ يكون قانون البنك الضامن[٩٦] .

وإذا اتّجهنا مع الاتِّجاه الفقهي القائل أنّ خطاب الضمان المصرفيِّ من العقود الملزمة لجانبين، حيث يلتزم البنك الضامن بتغطية العميل وضمانه اتجاه المستفيد، يلتزم العميل بدفع عمولة للبنك مقابل ذلك، فإنّ تحديد الطرف الذي يقدم الأداء المُميّز لا يثير أي صعوبة أيضًا في هذه الحالة، إذ إنّ الأداء في هذا العقد يتمثل في الضمان الذي يقدمه البنك للمستفيد، وليس في مبلغ العمولة، أو الفوائد، أو المصاريف التي يقدمها العميل إلى البنك، وفي هذه الفرضية يؤدِّي الأخذ بنظرية الأداء المُتميّز إلى تطبيق قانون البنك، سواء تم تكييف خطاب الضمان على انه من العقود الملزمة لجانب

---

(٩٤) حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص٥٧، وكذلك: د. خالد عبدالفتاح، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص١٦٠-١٦١.

(٩٥) عادل أبو هشيمة محمود، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م، ص١٠٤.

(٩٦) محمود لطفي محمود، تنازع الاختصاص القانوني في خطابات الضمان، مرجع سابق، ص٢٦٥.

واحد، أم من العقود الملزمة لجانبين، إذ يصعب إثبات ان الضمان يرتبط بروابط أكثر وثوقًا بدولة غير الدولة التي يعمل بها البنك[٩٧].

ولا يخفى علينا من الذكر أنّ بعض التشريعات تُعد خطاب الضمان تصرف بالإرادة المنفردة، مثل القانون الدوليِّ الخاص البلجيكي في المادة (١٠٥) منه، وهنا يثور التساؤل حول ما إذا كان التكييف يؤدي إلى تطبيق قانون آخر غير قانون البنك، أم أن قانون البنك يظل مختصاً بحكم خطابات الضمان رغم ذلك، هذا وأن اتفاقية روما لا تنطبق إلّا على العقود أمّا التصرُّفات بالإرادة المنفردة فهي تخرج من نطاق تطبيق هذه الاتفاقية.

ومن ضمن التشريعات التي أخذت بفكرة الأداء المُميّز القانون الدوليِّ الخاص الألماني الصادر سنة ١٩٨٦، والذي نص في المادة (٢/٢٨) والتي جاءت متوافقة تماماً مع نص المادة ٢/٤ من اتفاقية روما، والتي نصت على "مع مراعاة الفقرة ٥ من المادة ٤ يفترض أن العقد مرتبط الارتباط الأوثق في الدولة التي يكون فيها للطرف الذي يقوم بالالتزام الرئيسيِّ في العقد محل إقامته المعتادة وقت إبرام العقد أو في حال الشركة أو غير الشركة مركز إدارتها الرئيسيِّ مع ذلك إذا كان العقد يدخل في عمل تجارة الطرف أو مهنته تكون هذه الدولة هي التي يقع فيها المكان الرئيسيِّ للعمل"، وكذلك تبنى فكرة الأداء المُميّز القانون الدوليِّ الخاص التركي الصادر سنة ١٩٨٢ في المادة ٤/٢٤؛ حيث نصت: "عند عدم وجود اختيار لقانون العقد فإن العقد يكون محكوماً بالقانون الذي يرتبط بالنزاع بأوثق الروابط، ويكون هذا القانون هو قانون محل الإقامة المعتاد للملتزم بالأداء المُميّز أو قانون مقر عمل الملتزم بالأداء المُتميّز[٩٨] .

ومن القوانين العربية التي تبنّت فكرة الأداء المتُميّز القانون الدوليِّ الخاص التونسي الصادر بالرقم ٩٧ في ٢٧/نوفمبر/١٩٩٨، وذلك بالنص في الباب السادس، الالتزامات، القسم الأوّل، الالتزامات الإرادية، الفصل(٦٢) "يخضع العقد للقانون الذي تختاره الأطراف وإذا لم تحدد الأطراف

([٩٧]) محمود لطفي محمود، مرجع سابق، ص٢٦٧.

([٩٨]) د. احمد عبدالكريم سلامة، قانون العقد الدولي، ص٢٠٠-٢٠٢.

القانون المطبق يعتمد قانون الدولة التي يوجد بها مقر الطرف الذي يكون التزامه مؤثراً في تكييف العقد، أو مقر مؤسسته إذا كان العقد قد أبرم في نطاق نشاط مهني أو تجاري".

ومن خلال ما سبق يتبيّن لنا أن الراجح في فقه القانون الدوليِّ الخاص والمستقر أنّ القانون واجب التطبيق على الشخص المعنوي هو قانون الدولة التي يوجد فيها مركز إدارته الرئيسيِّ، كما أنّ إخضاع العقود التي يبرمها الأشخاص المعنوية لقانون مركزها تتفق وطبيعة الشخص المعنوي ذاته فهو من جهة المدين بالأداء المتُميّز أي صاحب الالتزام الرئيسيِّ في العقد، كما أن مركز الإرادة هو في الواقع العقل الموجه لأنظمة وأهداف الشخص المعنوي، وربما في كثير من الأحوال يكون مقر الشركة الرئيسيِّ هو المكان الذي يكون قانونه مرتبطًا بالعقد بروابط وثيقة، وإذا كان الأمر كذلك فإن التساؤل الذي نطرحه حول تحديد الأداء المُميّز للشخص المعنوي الذي ينفذ إعماله من خلال فروعه المتعددة في الخارج؟.

وقد عالجت المادة (٢/٤) من اتفاقية روما هذا الفرض وأقرّت بتطبيق قانون دولة مركز إدارة الفرع الذي يرتبط به الأداء المُميّز في العقد ارتباطًا وثيقًا، كذلك فإنّ الاتفاقية تنظر بدقة إلى تنفيذ الأداء فتحديد مكان تنفيذ هذا الأداء أمر ضروري من الناحية العملية لبيان القانون واجب التطبيق، وذلك عند إبرام العقد على نحو مباشر مع المؤسّسة الرئيسة، إلّا أنّ الالتزام الرئيسيِّ ينفذ من قبل أحد فروع هذه المؤسّسة في دولة أُخرى غير دولة مركز المؤسّسة الرئيسيِّ، فإنّ قانون دولة هذه المؤسّسة الرئيسة لا يكون مؤهلًا لحكم النزاع، إلّا إذا تم اختياره صراحةً طبقًا للمادة الثالثة من اتفاقية روما(٩٩).

نستنتج أنّ اتفاقية روما أقرّت فكرة الأداء المُتميّز وذلك في المادة (٢/٤) السابقة الإشارة إليها مع مراعاة النصوص الواردة في الفقرة (٥) من هذه المادة فإنّه ينبغي افتراض أن العقد يكون أكثر صلة مع الدولة التي يكون فيها للطرف الذي يتعيّن عليه تنفيذ الأداء المُتميّز للعقد وقت إبرام العقد محل إقامة معتادة، وبالنسبة للشخص المعنوي، يكون المكان الذي يوجد فيه مركز الإرادة الرئيسيِّ، وعلى أية حال إذا ما تم إبرام العقد في إطار تجارة أو حرفة أحد الأطراف، فإنّه يكون المكان الذي

---

(٩٩)د.عوني محمد فخري، مرجع سابق، ص ١٤٣.

يوجد فيه موقع المحل التجاري الرئيسيّ، أو عندما ينص في بنود العقد أنْ يتم التنفيذ من خلال محل تجاري آخر غير المحل التجاري الأصلي، فإنّه يكون في البلد الذي يكون فيه موقع ذلك المحل التجاري، وفقًا لهذا النص فإن عقود خطاب الضمان التي تدخل في نطاق تطبيق هذه الاتفاقية تخضع عند غياب الاختيار من قبل الأطراف للقانون الواجب التطبيق لقانون المدين بالأداء الرئيسيّ وهو قانون دولة البنك التي يكون فيها مركزه الرئيسيّ .

الخاتمة

بعد الانتهاء من بحثنا الذي كان بعنوان " القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان المصرفي الدولي– دراسة مقارنة" توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات نبينها كالآتي:

أولًا: النتائج:

١- إنّ أســـاس حق إرادة الأطراف في اختبار القانون الواجب التطبيق على منازعات خطاب الضـــمان المصـــرفيّ، يتم بموجب ضوابط يُحدِّدها المُشرِّع بموجب قاعدة الإسناد المنصوص عليها، لكنها مشروطة بعدم مخالفتها للنظام العام.

٢- في حالة الغياب الصـــريح من قبل الأطراف للقانون الواجب التطبيق، يبحث القاضـــي عن الإرادة الضـــمنية لأطراف العقد من خلال مؤشرات تسري اليها شروط وظروف التعاقد، على أنْ يكون الكشف عن هذه الإرادة بصورة مؤكّدة.

٣- يعد خطاب الضمان المصرفيِّ من العلاقات الثلاثية الأطراف وكل علاقة من هذه العلاقات تتمتع باستقلالية تامّة عن العلاقات الأُخرى، وهذا ما يتعذر معه إبراز فاعلية ضوابط الإسناد عند تحديد القانون الواجب التطبيق، المتمثلة بالموطن المشترك، وقانون بلد إبرام عقد خطاب الضمان، فالقانون الذي حكم أحداها لا يحكم الثانية، ففي العلاقة التي تحكم البنك بالعميل، وانعدام الإرادة الصريحة والضمنية يطبق قانون البنك الضامن، أمّا في حالة الضمان المقابل يطبق قانون دولة البنك الفرع وليس قانون دولة البنك الرئيسيِّ، وفي حالة خطاب الضمان الجماعي يطبق قانون دولة البنك القائد.

٤- لم تعد المادة (٢٥) من القانون المدنيِّ العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م لم تعد مناسبة لتطبيقها على كافّة منازعات العقود الدوليّة، خاصة في ظلِّ التغيير الجذري الحاصل على المستوى التجاري الدوليِّ.

٥- اصبحت نظريّة الأداء المُتميّز من أهم النظريات التي قيلت بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدوليِّ في ظلِّ غياب قانون الإرادة بصورتيه الصريحة والضمنية.

ثانيًا: التوصيات:

١- نأمل من المُشرِّع العراقيِّ والمصريِّ تنظيم قانون دوليِّ خاص مُستقل يُنظِّم كافّة التعاملات الجارية الدوليّة الخاصة بشيء من التفصيل، مواكبةً للتطور التجاري الدوليِّ، والنهضة الاقتصاديّة التي يشهدها العالم، على غرار بعض التشريعات الدولية والعربية كالتشريع التونسي.

٢- السعي لإقرار نص قانونيِّ دوليِّ يتضمّن معايير أساسيّة يتفق عليها لتحديد مفهوم قانون الإدارة، يراعي القيود والأولّويات الواردة على قانون الإدارة كما هو منصوص عليها في القوانين الوطنية.

٣- نأمل من المُشرِّع العراقي ان يحدث قواعد الإسناد من خلال الكشف عن الأداء المُتميّز بصورة صريحة لتحديد القانون الأوثق صلة بالعقد؛ نظرًا لما تتميّز به هذه النظريّة يجعلها الأكثر

انطباقاً على العقود الدوليّة، ومواكبة للتطور الذي يشـــهده عالم التجارة الدوليّة، يجعلها هي الأنسب على جميع منازعات العقود الدوليّة .

المراجع

اولًا: الكتب القانونيّة

- إبراهيم احمـــد إبراهيم، القانون الدولي الخاص– مركز الاجانب وتنازع القوانين، الكتاب الاول، عين شمس، دار النهضة العربية، ١٩٩٢م.
- احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدوليّ، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٦م.
- احمد محمد الهواري، الوجيز في تنازع القوانين، بدون دار نشر، ١٩٩١م.
- بشـــار الاسعد، عقود الدولة في القانون الدوليّ، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١١.

- حســـام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م.
- خالد عبد الفتاح محمد، حماية المستهلك في القانون الدوليِّ الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
- ســـامي بديع منصور، ود. عكاشة محمد عبدالعال، طرق حل المنازعات الدولية الخاصة والحلول الوضعية لتنازع القوانين، الدار الجامعية، ١٩٩٥.
- سلطان عبدالله محمود الجواري، القانون الواجب التطبيق على الحساب الجاري والاعتماد المستندي، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠م.
- الســـيد عبدالمنعم حافظ السيد، قانون االلتزامات التعاقديّة الخاصة الدوليّة، الطبعة الأوّلى، مكتبة الوفاء القانونيّة، ٢٠١٨.
- صلاح علي حسن، الوجيز في تحديد العقد التجاري الدوليِّ، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٦.
- عادل ابو هشيمة محمود، عقود خدمات المعلومات االلكترونية في القانون الدوليِّ الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م.
- عبدالرســـول عبدالرضـــا الاسدي، قرارات القضاء العراقي في المسائل المتعلقة بالقانون الدوليِّ الخاص، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠٢٠.
- عبدالمنعم زمزم، الوسيط في القانون الدوليِّ الخاص، دار الثقافة العربية، ٢٠١٥م.
- عصام الدين القصبي، النظام القانونيِّ للعمليات المصرفية، دراسة تطبيقية خاصة بالاعتماد المستندي، ١٩٩٢م.
- عكاشة محمد عبدالعال، القانون التجاري الدوليِّ– العمليات المصرفية الدوليّة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٢م.
- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونيّة، بدون دار نشر، طبعة ١٩٨٩.

- علي فوزي الموسوي، قاعدة الإسناد وموقف القانون العراقي منها دراسة مقارنة, مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٦،
- عوني محمد فخري، عوني محمد فخري، اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على االلتزامات التعاقدية- دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص، مكتبة الصباح، بغداد، ٢٠٠٧م.
- مازن عبدالعزيز فاعور، الاعتماد المستندي والتجارة الإلكترونية في ظل قواعد والأعراف الدوليّة والتشريع الداخلي، الطبعة الأولّى، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٦
- ماهر إبراهيم قنبر العزاوي، تنازع القوانين في عقد التأمين- دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونيّة، ٢٠١٨م.
- محمود الكيلاني، عمليات البنوك، الجزء الأول- الكفالات المصرفية وخطابات الضمان، دار الجيب للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، ٢٠١٠م.
- ممدوح عبدالكريم حافظ، القانون الدولي الخاص الاردني والمقارن، كتبة دار الثقافة، عمان- الاردن، ٢٠٠٥م.
- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١م.
- الموجز في القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين، الإسكندرية، ١٩٩٣م.

ثانيا: الرسائل العلمية

- محمود لطفي عبدالعزيز، تنازع الاختصاص القانونيِّ في خطابات الضمان الدوليّة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة عين شمس، ٢٠١١م.
- مناصف أمين، تنازع القوانين في عقود التجارة الدوليّة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة محمد الشريف مساعدية، ٢٠١٨م

ثالثًا: البحوث العلمية

- يعقوب يوســف صروخة، خطاب الضمان المصرفيّ في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، كلية الحقوق- جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة السابعة عشر، ١٩٩٣م.

رابعًا: الأحكام القضائية

- قرار محكمة التمييز رقم ٩٩\مدنية عامة أولى\١٩٧١ في ١٩٧٢\٣\١١، منشور في مجلة القضاء، العدد الأوّل والثاني، ١٩٧٢م.
- حكم محكمة النقض بتاريخ ١٩٩٩\٣\١٤, طعن رقم (٨٧١٤) لسنة (٦٦) س ٥٠ ع ١ص ٣٨٨ ق ٧٤، و حكم محكمة النقض بتاريخ ١٩٨٩\١٢\١٤, طعن رقم (١١١٤) لسنة (٥٢) س ٤٠ ع ٣ ص ٢٤٤ ق ٣٦٠، على الموقع الإلكتروني:

http//www.cc.gov.eg/courts/cassation_court/all/cassation-court_all_cases.aspx

خامسًا: المواقع الإلكترونية

- قواعد حسم منازعات التجارة والاستثمار، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدوليّ، ٢٠٠٢، على الموقع الإلكتروني: **http://arabic.aalco.int/ar/CRCICA** .
- اتفاقية لاهاي لســنة ١٩٥٥ الخاصــة بتحديد القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية على الموقع الإلكتروني : **https://areq.net/m** .
- قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية على الموقع الإلكتروني:

https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/docdex

فهرس المحتويات

المقدمة: ٢

المطلب الأوَّل : إعمال مبدأ قانون الإرادة..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

الفرع الأوَّل : فكرة قانون الإرادة ٦

الفرع الثاني : كيفية تعيين قانون الإرادة..... ١٣

الفرع الثالث : دور قانون الإرادة في خطاب الضمان المصرفيّ ٢٠

المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق في حال غياب قانون الإرادة ٢٧

الفرع الأوَّل : الإسناد التقليدب الجامد.....**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

الفرع الثاني : الإسناد الحديث المرن.....**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

الخاتمة: ٤٥

المراجع: ٤٧

فهرس المحتويات:..... ٥٠