المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية

اسم المقال: نظرية الأداء المميز كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية الدولية
اسم الكاتب: د. رمزي أحمد عوني ماضي، سامر نجيب المعايطه
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/index.php/library/7999
تاريخ الاسترداد: 2026/11/02 10:35 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية جامعة مؤتة ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

نظرية الأداء المميز كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية الدولية

د. رمزي أحمد عوني ماضي*

المحامي سامر نجيب المعايطه

تاريخ تقديم البحث:١٥/٦/٢٠١٦م. **تاريخ القبول: ٦/٢/٢٠١٧م.**

ملخص

نظراً لتطور عقود التجارة الدولية التي ساهمت بشكل كبير في زيادة النشاط الاقتصادي بين مختلف دول العالم وهو الأمر الذي انعكس أثره على نشاط البنوك من حيث تنازع القوانين. فقد برزت أهمية القانون الدولي الخاص باعتباره المرجع الوحيد الذي يحكم العلاقات القانونية التي تحتوي على عنصر أجنبي لتسوية النزاعات القائمة بين الأطراف من خلال اختيار القانون الذي يحكم العلاقة القانونية سواء أكان القانون الوطني أو القانون الأجنبي.

يركز هذا البحث على إشكالية تحديد ضابط الإسناد للرابطة العقدية الذي يختلف باختلاف نوع العقد المبرم بين أطرافه، وذلك من خلال التركيز الموضوعي للرابطة العقدية في ضوء طبيعتها الذاتية والتي يمكن من خلالها تحديد الأداء المميز لأحد طرفي العقد والذي يتكشف من خلاله عن القانون الأوثق صلة بالعلاقة لتطبيقه عليها.

الكلمات الدالة: نظرية الأداء المميز، القانون الواجب التطبيق، العمليات المصرفية.

* **قسم القانون الخاص، كلية القانون، جامعة آل البيت.**

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

Characteristic Performance Theory as an Attribution Rule to Determine the Law Applicable to the International Banking Operations

Abstract

The development of international trade contracts, a contributed significantly to the increased economic activity between the various countries of the world which reflected its impact on banks' activity in terms of conflict of laws.

The importance of private international law has emerged as the only reference that governs the legal relations containing foreign element for the settlement of disputes between the parties through a choice of law that governs the legal relationship whether national law or foreign law.

The research focuses on the problematic issue of identifying attribution rule of the contractual relation, which varies depending on the type of contract concluded between the parties, through substantive focus of the contractual relation in light of its own nature, by which the characteristic performance of one of the parties to the contract can be determined which reveals through it for the most closely law connected with the relationship to be applied on them.

Keywords: Characteristic performance, applicable law, banking operations.

مقدمــة:

تُعَدُّ العمليات المصرفية التي تقوم بها البنوك من أهم روافد تمويل عمليات التجارة والصناعة في الدول سيما وأن البنوك ومن خلال وظيفتها المتمثلة بمنح الائتمان تعد همزة الوصل بين المقرضين والمقترضين وبين عرض النقود وطلبها(١) .

وتتنوع عمليات المصارف بتنوع الخدمة المطلوبة المقدمة مثل قبول الودائع أو النقل المصرفي أو الوفاء بالشيكات أو فتح الاعتمادات أو العمليات على الأوراق المالية أو تأجير الخزائن الحديدية وغيرها من العمليات التي تجريها للأفراد على اختلاف طبيعتهم القانونية. ورغم أهمية العمليات المصرفية إلا أنه ليس لها تحديد تشريعي دقيق وليس هناك معيار فني لتحديد العمل المصرفي، فهناك تعداد يزيد أو ينقص للأعمال المصرفية وهو تعداد يتطور بتطور الظروف من حيث الزمان والمكان، والسبب في ذلك يعود إلى أن البنوك ومنذ نشأتها بدأت بداية بسيطة ثم زادت واتسعت بنسب مختلفة شأنها شأن معظم الأنشطة التجارية، لذا فالمرجع الأول في بنائها هو للعرف(٢). وتعد عقود التجارة الدولية الآلة المحركة للنمو الاقتصادي الدولي كونها تساهم بشكل كبير في زيادة النشاط الاقتصادي لدول العالم، نظراً لازدياد حركة وتطور التبادل التجاري بين الدول مما انعكس أثره على نشاط البنوك، إذ لم تعد تقتصر عملياتها على الصعيد الداخلي فقط بل امتد نشاطها إلى الخارج، الأمر الذي قد يثير أحياناً مسألة تنازع القوانين.

وقد ظهرت بذور أول تنظيم للتنازع في المجتمعات المتحضرة القديمة والمتمثلة بالمدن الإغريقية، ثم ومع نشوء الامبراطورية الرومانية فلم تقتصر تعاملات الرومان على المواطنين المحليين، بل امتدت لتشمل شعوب وأقاليم مختلفة. فمن هنا نشأت أولى العلاقات المتضمنة لعنصر أجنبي وبدأت فكرة التنازع بالظهور تدريجياً(٣). وبالرغم من قلة إثارة مسألة تنازع القوانين في نشاط البنوك إلا أن ذلك لا ينفي وقوعه؛ سيما وأن العمليات المصرفية هي من قبيل العقود التي تختلف عن العقود العادية

(١) القليوبي، سميحة، الأسس القانونية لعمليات البنوك، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص ٣٣٠.

(٢) عوض، علي جمال الدين، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٣ ،٢٠٠٠، ص ٦، وهذا بعكس المشرع الأردني الذي عرف العمليات المصرفية في المادة (٢) من قانون البنوك رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٠ والمنشور على الصفحة ٢٩٥٠ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٤٤٨ تاريخ ١ / ٨ / ٢٠٠٠ بقوله إن الأعمال المصرفية هي "قبول الودائع من الجمهور وإستخدامها بصورة كلية أو جزئية لمنح الائتمان وأي أعمال أخرى يقرر البنك المركزي اعتبارها أعمالا مصرفية بموجب أوامر يصدرها لهذه الغاية". وهذا ما أخذت به محكمة التمييز الأردنية بقرارها رقم ٨٠٣ / ٢٠٠٧ تاريخ ٢٧ / ٨ / ٢٠٠٧ . منشورات قسطاس.

(٣) المصري، محمد وليد، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة، عمان، الطبعة الثانية، ٢٠١١، ص٣٧.

بفضل الأدوات الفنية التي تستخدمها البنوك في عملياتها، حيث تبقى محتفظة بخصوصيتها المناسبة للعقود التي تبرمها.

وظهرت أهمية القانون الدولي الخاص باعتباره المرجع الوحيد الذي يحكم العلاقات القانونية التي تحتوي على عنصر أجنبي، خصوصاً إذا ما ثار نزاع بين أطراف العلاقة القانونية لان قواعده هي من ستحدد القانون الواجب التطبيق على تلك العلاقة.

وكمحاولة لإمكانية استمرار العلاقة القانونية بثقة واطمئنان مع اختلاف النظم القانونية بين أطرافها، فقد سعت قواعد القانون الدولي الخاص لحل مثل هذا التنازع من خلال إختيار القانون الذي يحكم العلاقة القانونية سواء أكان القانون الوطني أو القانون الأجنبي من خلال ما يعرف (بقواعد تنازع القوانين)، والتي تكون مهمتها إسناد العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي إلى أحد القوانين المتنازعة[١].

ولما كانت العقود المصرفية لها طبيعتها الخاصة، وخصوصاً عقود المعاملات المصرفية الدولية فقد انتهت غالبية النظم القانونية الحديثة إلى الاعتداد أساساً بالإرادة كضابط للإسناد في العقود الدولية لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها، والذي يتضمن إعطاء الحرية لأطراف العلاقة بإختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم وقد يحدث أن يهمل الأطراف تحديد الاختصاص التشريعي لعقدهم مما يستوجب معه البحث عن ارادتهم الضمنية[٢]، وفي حال غياب الأخيرة فقد توجهت العديد من النظم القانونية إلى هجر الإسناد الجامد للرابطة العقدية والمتمثل بالموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً أو إلى مكان التنفيذ للصعوبات والعمومية لهذا الإسناد، وفضلت الإسناد المرن للروابط العقدية بما يسمح باختلاف هذا الإسناد في كل طائفة من العقود. وذلك من خلال التركيز الموضوعي للرابطة العقدية في ضوء طبيعتها الذاتية والذي يمكن من خلالها تحديد الأداء المميز فيها للكشف عن القانون الأوثق صلة لتطبيقه على تلك العلاقة القانونية[٣].

(١) الهداوي، حسن، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين المبادئ العامة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ١٩٩٥ ص. ٨ .

(٢) نعيمي، فوزي والراوي، مظفر، النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظل المتغيرات الاقتصادية العالمية الجديدة، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٣، العدد ١٠، السنة ٢٠١١، ص ٣.

(٣) صادق، هشام علي، عقود التجارة الدولية: دراسة تحليلية ومقارنة للاتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ص ٥٨٣ –٥٨٥.

ولبيان المعاني الوارد ذكرها وجلاء مضمونها فاننا سنبحث موضوع الأداء المميز كمعيار لتحديد القانون التطبيق على العمليات المصرفية وفقاً للتقسيم التالي:

المبحث الاول: مفهوم نظرية الأداء المميز في العمليات المصرفية

المطلب الأول: تعريف نظرية الأداء المميز ونطاقها

المطلب الثاني: مبررات الأخذ بالنظرية في العمليات المصرفية

المبحث الثاني: تطبيقات نظرية الأداء المميز في العمليات المصرفية وصورها

المطلب الأول: تطبيقات نظرية الأداء المميز في القضاء

المطلب الثاني: بعض صور نظرية الأداء المميز في العمليات المصرفية

المبحث الأول: مفهوم نظرية الأداء المميز في العمليات المصرفية

ذكرنا سابقاً أن النظم القانونية اتجهت إلى الإسناد المرن لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية في حال سكوت الإرادة من خلال التركيز الموضوعي للرابطة التعاقدية نظراً للانتقادات التي وجهت إلى الإسناد الجامد لتحديد القانون الواجب التطبيق، حيث تعد الإرادة قاعدة إسناد أصلية لاختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية من خلال منح المشرع حرية لإرادة الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم المشوب بعنصر أجنبي سواء أكان هذا الاختيار صريحاً أم ضمنياً[١] ، وهذا على عكس ما جاءت به نظرية باتيفول التي حصرت دور الإرادة في تركيز العقد في مكان معين دون أن تختار القانون الواجب التطبيق، إذ من المفروض أن القانون هو الذي يحدد الأشخاص والأموال والتصرفات التي يحكمها وليس الأشخاص هم الذين يحددون القانون الواجب التطبيق على التصرفات التي يبرمونها[٢].

وقد مر تطور الإسناد المرن للرابطة التعاقدية بعدة مراحل إلى أن انتهى القضاء السويسري إلى التركيز الموضوعي للرابطة في ضوء طبيعتها الذاتية والذي يمكن من خلالها وبشكل مسبق، تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية، مما يساهم في عدم الاخلال بتوقعات الأطراف ويفي

(١) الداودي، غالب علي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثانية، ٢٠١٣، ص ٢١٧.

(٢) صادق، هشام علي، تنازع القوانين: دراسة مقارنة في المبادىء العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٣، ص ٦٤٩ وما بعدها.

بمصالح التجارة الدولية[١]. ولتحديد مفهوم فكرة الأداء المميز، فاننا سنقوم بتقسيم هذا المبحث على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف نظرية الأداء المميز ونطاقها

أن بيان مفهوم نظرية الأداء المميز يقتضي التعريف بها أولاً، وبيان نطاقها ثانياً.

أولا: التعريف بالنظرية

تقوم فكرة الأداء المميز على تنوع معاملة العقود وتحديد القانون الذي يحكم العقد وفقاً للالتزام الأساسي فيه. فهناك التزام واحد في الالتزامات بالرغم من تعددها هو من يميز العقد ويعبر عن جوهره، مما يتوجب معه الاعتماد عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق[٢]. وقد عرف الأستاذ Van Overstraeten الأداء المميز بأنه: "ذلك الأداء الذي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجباً"، وعرفه الاستاذ Jean-Baptiste بأنه "الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى"[٣]. ويرى جانب من الشراح أن فكرة الأداء المميز تقوم على "ان كل عقد ينفرد بأداء يميزه ويحدد خصائصه، ويتحدد هذا الأداء بمقتضى عملية تركيز موضوعي بحت لا مكان فيه لأي عنصر شخصي للرابطة العقدية"[٤] وهي بذلك تختلف عن نظرية التركيز الموضوعي التي نادى بها باتيفول والتي استندت على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بواسطة القاضي الذي ينظر النزاع في كل حالة على حده في ضوء الظروف وملابسات التعاقد، في حين أن نظرية الأداء المميز تستند على فكرة التركيز الموضوعي للرابطة التعاقدية في ضوء طبيعتها الذاتية بالبحث عن أكثر القوانين إرتباطاً وصلة بها، مما يساعد على تحديد الالتزام الجوهري الذي يفرضه العقد[٥]. الأمر الذي يعني تحديد القانون

(١) المرجع ذاته، ص ٥٨٥ .

(٢) المنزلاوي، صالح، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٣٣٦.

(٣) المرجع ذاته، ص ٣٣٧ .

(٤) عبدالعال، عكاشة، قانون العمليات المصرفية الدولية: دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطلبيعة الدولية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٣، ص ٦٣.

(٥) صادق، هشام علي، مرجع سابق، ص ٥٨٥.

الواجب التطبيق بشكل مسبق وهو ما يكفل لاطراف العلاقة الأمان القانوني، ويصون توقعاتهم المشروعة، ويحقق الاستقرار للمعاملات التجارية المبرمة بينهما(١).

ويرى جانب أن إمكانية تعريف وتحديد المقصود بالأداء المميز في التصرفات القانونية بوضع تعريف جامع مانع له أو صياغة قاعدة تجمع سماته، أمر غير ممكن كون أن الأمر يعتمد على الأداء المعتبر والذي يعد مميزاً في الرابطة التعاقدية والذي يختلف من عقد لآخر، ومن ثم يتم البحث عن صاحب الأداء المميز فنعمل بقانونه (٢).

ومهما يكن توجه الفقه أو الشراح في وضع تعريف محدد للنظرية أم لا، فإنهم متفقون على أن تحديد القانون الذي يحكم الرابطة التعاقدية إنما يتحدد من خلال تحديد محل إقامة صاحب هذا الأداء المميز ليكون قانونه هو القانون الواجب التطبيق على العقد من خلال تحليل الرابطة التعاقدية في ضوء طبيعتها الذاتية وربطها بأكثر القوانين صلة بها.

ثانيا: نطاق النظرية:

يعتد أنصار نظرية الأداء المميز في تطبيقها في حال غياب إرادة الأطراف في إختيار القانون إذ لا مكان لإرادة الأطراف إلا في حال أن كانت هذه الإرادة صريحة أو ضمنية مؤكدة يمكن للقاضي استخلاصها بشكل مؤكد ولا يثير لبساً، فإن انتفت الإرادة بالشكل السابق بيانه يتصدى القاضي لتركيز العلاقة القانونية على ضوء فكرة الأداء المميز في العقد. ويرجع ترجيح محل إقامة المدين بالأداء المميز إلى ما يتسم به من الوضوح ويساعد الأطراف على توقع القانون الذي يحكم العقد بسهولة، بالإضافة إلى الحيلولة دون تجزئة العقد وبالتالي إخضاع تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه إلى عدة قوانين تختلف الحلول التي تتضمنها(٣).

ويؤيد الأخذ بفكرة الأداء المميز هو أنه غالباً ما يكون المدين بالأداء المميز من التجار المحترفين، فيغدو من المنطقي والمناسب توحيد القانون الواجب التطبيق على عملياته التجارية والذي عادة ما يكون محل المنشأة التجارية للمدين بالأداء المميز أو مركز الإدارة فيما لو كان شخصاً

(١) المنزلاوي، صالح، مرجع سابق، ٣٣٨.

(٢) عبدالعال، عكاشة، مرجع سابق، ص ١٢٤.

(٣) المنزلاوي، صالح، مرجع سابق، ص ٣٣٩.

اعتبارياً[١]. وتكون لحظة تقدير هذا الأداء هي وقت إبرام العقد وتصور الأطراف لها في ذلك الوقت ولا يلزم التنفيذ الفعلي للأداء كونه يأتي في مرحلة لاحقة[٢].

ولنا أن نضرب بعض الأمثلة على تطبيقات النظرية، ومنها خضوع البيوع التي تتم في البورصة للقانون السائد في محل وجود هذه البورصة، رعاية لوحدة القانون المطبق على المعاملات التي تجري في إطارها التي قد تتطلب الاهتمام بالتفاصيل الفنية التي تنظم عادة بموجب اللوائح الخاصة للبورصة.

واذا ما أخذنا بعين الاعتبار عند تطبيق مبررات الأخذ بفكرة الأداء المميز على العمليات المصرفية سنجد أن قانون البنك، وتبعاً للنظرية، سيدعم فكرة تطبيق قانونه كونه الطرف الذي يقوم بالأداء المميز في العملية استناداً على فكرة الوسط الاجتماعي التي تم فيها العمل المصرفي من جهة، وتأثر العملية بالتنظيم الاقتصادي والنقدي الأمر الذي تفرضه السلطات العامة في الدولة من جهة أخرى، وطبقاً للمبدأ القائل إن العقود التي تعد للكافة يجب أن تخضع لقانون واحد هو قانون الموج[٣]. فهل تعد تلك الأسباب مبرراً للأخذ بقانون البنك لتحقيق الأمان القانوني لأطراف العلاقة ويكون داخلاً في توقعاتهم المشروعة ويحقق الاستقرار للمعاملات التجارية المبرمة بينهما؟

المطلب الثاني: مبررات الأخذ بالنظرية في العمليات المصرفية

نظراً لخطورة المهنة التي يحترفها البنك، وطبيعة العقود التي يبرمها البنك والمتمثلة بمنح الائتمان وخلق النقود، ومدى تأثر الاقتصاد الوطني بالعمليات التي تجريها البنوك يقتضي البحث عن مبررات الأخذ بنظرية الأداء المميز في العمليات المصرفية وتطبيقها على هذا النوع من العمليات، لتحقيق الهدف والغاية منها وهو تحقيق الأمان القانوني لأطراف العلاقة وتوقعاتهم وتحقيق الاستقرار للمعاملات التجارية المبرمة. وعليه فإنه يمكن لنا الإشارة إلى المبررات التالية لتأكيد الفكرة وذلك على النحو التالي:

أ . أن معيار الأداء المميز يتسم بالوضوح والتأكيد وهو ما يحقق الأمان القانوني لأطراف العلاقة لعلمهم المسبق بالقانون الواجب التطبيق[٤] .

(١) صادق، هشام علي، مرجع سابق، ص ٥٩٠.
(٢) سلامة، أحمد عبدالكريم، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ١١٠٥.
(٣) عبدالعال، عكاشة، مرجع سابق، ص ص ١٢٥ . ١٢٧.
(٤) المنزلاوي، صالح، مرجع سابق، ص ٣٣٩ .

ب –غالباً ما يتم إبرام العقود المصرفية في مقر البنك، فهو مكان لا يتصف بأنه تحدد بصفة عارضة أو أنه تم بطريقة مصطنعة. وهو غالباً ما يكون مكان التنفيذ للعملية المصرفية[١]. فالأصل أن البنك يعمل في صورة مباشرة في الدولة التي يوجد فيها، وبالتالي فإن البنوك لا تدخل العميل الذي يرغب بإجراء عملية مصرفية وخصوصاً في الخارج، مع البنك الأجنبي الآخر، فالبنك هو من ينفذ العملية وغالباً ما تنفذ في نفس دولته[٢].

ج –أن العقود المبرمة مع المهنيين أو المحترفين تكون خاضعة لمحل إقامتهم بوصفهم المدينين بالأداء المميز[٣]. فعمليات البنوك عمليات متكررة وتتم باسلوب واحد وتخاطب عدداً كبيراً من العملاء، بالإضافة إلى استخدام المصطلحات والألفاظ التي استقر التعامل بها في تنفيذ العمليات المصرفية، الأمر الذي يضفي الصبغة الفنية على عملياته. وبالتالي فإن وحدة النظام القانوني الذي تخضع له العمليات المصرفية يحقق الأمان القانوني لأطرافه، وتجعل من قانون البنك القانون الأكثر ارتباطاً بالعملية، الأمر الذي يساعد على اختياره دون أدنى شك[٤]. ناهيك عن أن كافة أدلة الاثبات الخطية أو الشخصية المتعلقة بكل عملية مصرفية، إنما تكون في مكان ممارسته لنشاطه التجاري ومركزه لدى هذا البنك أو الفرع الذي قام بالعملية.

د– تجانس مضمون العمليات المصرفية اتجاه الغير، فعقود البنوك تتم عادة مهما اختلف الطرف المتعامل معها بشكل موحد أو نموذجي ووفقاً للنماذج أو المحررات التي يعدها وتكون مطبوعة وفقاً لنماذج يعتمدها، فالبنك عند تحديده لشروط العمليات التي يجريها والتي عادة ما تكون معدة سلفاً، يعتمد فيها على الأعراف أو العادات المطبقة في المكان الذي يمارس نشاطه به والتي تسري على الكافة، مع الإشارة إلى أن عقود البنك لا تتصف غالباً بعقود إذعان حسب الراي الراجح لدى الفقه[٥]. ولكون أن عدداً من العملاء الذين يتعاملون مع البنك، من الممكن أن تكون قدراتهم المالية وتأثيرهم الاقتصادي أكثر من البنك، أو قد تتساوى معه بهذه المنزلة والقوة، لذا فلا يعتبر تطبيق قانون البنك هو القانون الذي يوفر الحماية الأكثر له من دون الالتفات إلى مركز الطرف الآخر.

(١) صادق، هشام علي، مرجع سابق، ص ٥٩٨ .
(٢) عبدالعال، عكاشة، مرجع سابق، ص ١٥٩ .
(٣) صادق، هشام علي، مرجع سابق، ص ٦٠١ .
(٤) عبدالعال، عكاشة، مرجع سابق، ص ١٦١ .
(٥) عوض، علي جمال الدين، مرجع سابق، ص ٣٨ .

هـ – تشدد القضاء وخصوصاً في مسؤولية البنوك اتجاه الغير نتيجة لخطورة دوره في الاقتصاد الداخلي وللإمكانيات الضخمة التي يمتلكها تلزمه بما لا يلزم الشخص العادي ولو كان حريصاً، ونظراً لكونه محترفاً ومتخصصاً فتكون التزاماته أكثر من الشخص غير المحترف، فيكون من الطبيعي أن ينتظر منه عملاؤه أكثر ما ينتظر من الفرد العادي[١]. لذا فليس من الضروري أن يوفر قانون البنك حماية أكثر له على حساب الطرف الآخر من الرابطة التعاقدية.

لهذه الاعتبارات يمكن أن نتوافق على تطبيق قانون البنك باعتباره صاحب الأداء المميز في العمليات المصرفية ولارتباطه بالوسط الاقتصادي والقانوني والاجتماعي الذي تجري فيه عملياته المصرفية وخصوصاً عند غياب قانون الإرادة الصريحة أو الضمنية المؤكدة، كون أن قانون البنك يكون معلوماً سلفاً للأطراف وعند إبرام العقد مما يحقق الأمان القانوني لأطراف العلاقة وتوقعاتهم وتحقيق الاستقرار للمعاملات التجارية المبرمة.

وقد تم تبني وجهة النظر هذه من خلال ما أخذت به الاتفاقيات الدولية أو النظم القانونية على ما جرى به العمل من الربط ما بين تطبيق القانون الواجب التطبيق وفكرة الأداء المميز وذلك على النحو التالي:

أولا: نظرية الأداء المميز في الاتفاقيات الدولية:

يعد ضابط الأداء المميز من أهم المبادئ الرئيسية التي قامت على أساسها اتفاقية لاهاي المبرمة في عام ١٩٥٥ والمتعلقة بالقانون القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية التي اعتدت بموجب المادة الثالثة منها بمحل الاقامة العادية للبائع أو مقر منشأته عند التعاقد كضابط إسناد رئيسي لتعيين القانون الذي يحكم العقد[٢]. وكذلك اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة والنيابة (عقود الوكالة والتمثيل التجاري) والمبرمة في ١٤ آذار ١٩٧٨، فقد ورد في المادة ١١ منها: (في العلاقات بين الوكيل والغير يخضع وجود ونطاق سلطات الوكيل وعلى اثار تصرفات الوكيل في ممارسة سلطاته الفعلية والمداعاة، للقانون الداخلي للدولة التي كان للوكيل بها مؤسسته المهنية وقت التصرف...)[٣] .

(١) عوض، علي جمال الدين، مرجع سابق، ص ص ٤٢ . ٤٤.

(٢) المنزلاوي، صالح، مرجع سابق، ص ٣٤٢.

(٣) مشار لنص المادة من الإتفاقية باللغة العربية لدى سلامة، أحمد عبدالكريم، مرجع سابق، هامش١٥٣، ص ١١٠٩.

ومن جانب؟ آخر فقد تبنت اتفاقية روما والمبرمة في ١٩ حزيران من عام ١٩٨٠ والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ذات الحل والمتمثل بالأداء المميز للعقد عند تعيين القانون الواجب التطبيق، حيث قررت في الفقرة ١ من المادة الرابعة منها: (عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، يسري على هذا الأخير قانون الدولة التي له بها اكثر الروابط وثوقاً) وجاء في الفقرة ٢ من ذات المادة (وتعتبر تلك الروابط موجودة في الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للطرف الملتزم بتقديم الأداء المميز وقت ابرام العقد، فإذا كان هذا الطرف شخصاً معنوياً وكان قد أبرم العقد اثناء ممارسته لنشاطه المهني، فأن قانون الدولة التي بها المنشأة الرئيسية لهذا الشخص يكون هو الواجب التطبيق على العقد، وإذا كان الأداء المميز للعقد سيتم عن طريق شركة أخرى بخلاف الشركة الرئيسية، فإن قانون الدولة التي يتواجد بها مقر تلك الشركة هو الذي يحكم العقد) وبذلك فقد اعتمدت اتفاقية روما قرينة مفادها أن ارتباط العقد بالدولة التي يوجد بها محل الاقامة المعتاد للطرف المدين بالأداء المميز وهو ما ينطبق على قانون دولة البائع أو مقدم الخدمة [١] .

وبذلك فقد اعتمدت اتفاقية روما قرينة مفادها أن ارتباط العقد بالدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتاد للطرف المدين بالأداء المميز وهو ما ينطبق على قانون دولة البائع أو مقدم الخدمة.

وإذا ما أردنا أن نستند على ما قننته الاتفاقيات الوارد ذكرها وتطبيقها على العمليات المصرفية، لوجدنا أن الطرف الذي يلتزم بالأداء المميز فيها هو البنك نظراً للاداء الجوهري والرئيسي الذي يلتزم به ولصعوبة أن تلحق هذه الصفة بالعميل نظراً إلى دوره في الالتزام المترتب في الرابطة التعاقدية. وإذا ما تمت العملية المصرفية بين بنكين وجب علينا تحليل هذه العلاقة للوقوف على من هو الملتزم بالأداء المميز أو مقدم هذا الأداء لتطبيق قانونه وبيان المصرف الذي يأخذ صفة العميل، وهوما يتم من خلال تحليل كل رابطة تعاقدية على حده.

ومن جانب آخر فقد أشارت الاتفاقية إلى حالة أخرى من الممكن تطبيقها في حالتين وهما: حالة قيام فرع تابع لبنك أجنبي في العملية المصرفية أو حالة بنك وليد تابع للبنك الأم والموجود في الخارج أو حالة بنك مراسل، فتنطبق والحالة هذه على العملية التي يقوم بها أحدهم قانون الدولة التي يوجد بها مقر أي منهم [٢].

(١) مشار إلى نص المادة من الاتفاقية باللغة العربية لدى المنزلاوي، صالح، مرجع سابق، ص ٣٤٣ وكذلك صادق، هشام علي، مرجع سابق، ص ٥٩٣.

(٢) عبدالعال، عكاشة، مرجع سابق، ص ١٢٩.

ثانياً: نظرية الأداء المميز في بعض التشريعات الأجنبية والقانون الأردني

تبنت العديد من التشريعات الأجنبية هذه النظرية لتنأ بنفسها عن اللجوء إلى إسناد الروابط العقدية إلى ضوابط جامدة، لتعيين القانون الواجب التطبيق على تلك العلاقات التعاقدية، فنجد على سبيل المثال ان المادة ٢٨ من القانون الدولي الخاص الالماني لعام ١٩٨٦ فقد اعتبرت الفقرة الأولى منها أنه وفي حال سكوت إرادة المتعاقدين عن اختيار القانون الذي يحكم العقد، يسري على هذا الأخير قانون البلد الأوثق صلة به. وذكرت الفقرة الثانية من ذات المادة من أنه تعتبر تلك الصلة موجودة مع البلد الذي به الإقامة العادية للطرف الذي يتعين أن يقوم بالأداء المميز أو مركز إدارته الرئيسي إذا كان شخصاً معنوياً. وإذا كان العقد يرتبط بنشاط مهني للطرف المدين بالأداء، فيعتبر القانون الأوثق صلة بالعقد هو قانون الدولة التي يوجد بها مقر منشأته الرئيسية ما لم يكن الأداء المميز مناطاً بمنشأة فرعية فينطبق قانون الدولة التي توجد بها هذه المنشأة [١].

وكذلك نصت المادة ١٢١١ من القانون المدني الروسي على أنه (عند سكوت الأطراف عن تحديد القانون الذي يحكم العقد، يسري على العقد قانون الدولة التي يرتبط بها العقد بروابط وثيقة. وتوجد هذه الروابط في قانون الدولة التي يوجد بها الموطن أو المركز الرئيسي للطرف الملتزم بتقديم الأداء المميز)[٢].

وكذلك أخذ القانون المدني لـ Quebec الصادر عام ١٩٩١ بهذه النظرية عندما نص على أن العقد يحكمه القانون الذي يحدده الأطراف صراحة أو الذي يتضح بصورة مؤكدة من خلال نصوص التصرف، ويضيف بعدها أنه وفي حال التخلف عن تعيين هذا القانون أو في حال تعيين قانون من شأنه أن يجعل التصرف غير صحيحاً، فأنه يتم تطبيق قانون الدولة التي يرتبط التصرف بها بروابط أكثر صلة، مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة التصرف والظروف التي تحيط به. ويفترض وجود تلك الروابط الأكثر صلة بقانون الدولة التي يكون فيها محل إقامة أو مقر الطرف الملزم بتقديم الأداء المميز في العقد. فمن خلال ما ورد بتشريع Quebec يتبين لنا أن القانون الواجب التطبيق على العملية المصرفية وفي حال عدم إتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق، فأن قانون البنك هو الذي

(١) المنزلاوي، صالح، مرجع سابق، ص ٣٤١.
See Gildeggen, Rainer and Langkeit, Jochen, The New Conflict of Laws Code Provisions of the Federal Republic of Germany: Introductory Comment and Translation, 17 *Ga. J. Int'l & Comp. L.* 229 (1987).

(٢) مشار إلى نص المادة باللغة العربية لدى المنزلاوي، صالح، مرجع سابق، ص ٣٤٢.

ينطبق على العملية المصرفية بوصفه الطرف/ المؤسسة التي يتعين عليها القيام بالأداء المميز في العملية [١] .

وقد أكد القانون كذلك عدم الركون إلى القرائن أو الامارات الخارجية أو الداخلية التي تصاحب العقد، كون أن هذه الامارات نسبية وتختلف حسب طبيعة العقد، وإنما اعتد بفكرة القانون الأكثر إرتباطاً بالعقد من حيث محل إقامة المدين بالأداء المميز في العملية على اعتبار أن الإمارات الخارجية قد لا تكون جميعها حاسمة أو حتى كافية لتحديد القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية بشكل عام، وهو ما يمكن الاستناد عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على العديد من الروابط العقدية كونها جاءت على سبيل المثال وليست على سبيل الحصر[٢].

وهو ما يؤكد أن كافة العقود التي يبرمها المهنيون أو التجار المحترفين تكون خاضعة لمحل إقامتهم بوصفهم المدينين بالأداء المميز في العقد، أما التزام العميل بدفع الثمن أو المقابل فيكون التزاماً غير مميز كونه لا يختلف في طبيعته من عقد لآخر من العقود الملزمة للجانبين ولا يعد بالنتيجة التزاماً رئيسياً في هذه العقود [٣]. وهو ما ينطبق على العمليات المصرفية ودور البنوك فيها بوصفهم مهنيين ومحترفين للعمل المصرفي.

وعلى الرغم من تقنين فكرة محل إقامة المدين بالأداء المميز وانطباق قانونه على الرابطة التعاقدية في التشريعات الغربية التي تم ذكرها، إلا أن من ضمن الاستثناءات (تعد قوانين البوليس أو قواعد النظام العام من ضمن تلك الاستثناءات) التي وردت بتلك التشريعات على تطبيق قانون المدين بالأداء المميز هو ما يتعلق بعقود المستهلك[٤].

فالأصل إذا ما ثارت مشكلة تنازع القوانين بصدد هذه العقود، فيعمل بالقانون الذي اختاره الأطراف صراحة أو ضمناً، ولكن وبالنظر إلى توفير الحماية الواجبة للمستهلك عُد الأخير هو مركز

(١) عبدالعال، عكاشة، مرجع سابق، ص ١٤٠ .

(٢) بهذا المعنى صادق، هشام علي، مرجع سابق، ص ٥٨٩. وكذلك عبدالعال، عكاشة، مرجع سابق، ص ١٤١.

(٣) صادق، هشام علي، مرجع سابق، ص ٦٠١.

(٤) لا يوجد هناك طائفة في العقود المسماة يطلق عليها (عقود المستهلك)، بل ظهرت هذه التسمية لتغطي العديد من العقود المعروفة مثل عقد البيع أو التوريد، نظراً لتزايد الحاجة لحماية المستهلك في ظل تنوع السلع والخدمات وضغط المنتجين في ترويجها رغم ما ينطوي على استعمال تلك السلع والخدمات من مخاطر على صحة وسلامة الإنسان والتي ترجع إلى عيوب الإنتاج. سلامة، أحمد عبدالكريم، مرجع سابق، ص١١١١. وكذلك صادق، هشام علي، مرجع سابق، ص ٥٩٦.

الخطورة في العلاقة التعاقدية، وهي الفكرة المقابلة لفكرة الأداء المميز بحيث يعتبر والحالة تلك أن قانون بلد المستهلك هو الأولى بالتطبيق سواء أكان قانون الدولة التي يقيم أو يتوطن فيها[١].

ويعود اللجوء إلى هذا الاستثناء كون أن المستهلك هو الطرف الضعيف امام شركات الانتاج وأن رضا المستهلك يكون منقوصاً أمام تلك الشركات، ويكون تحت ضغط إغراءات الدعاية والإعلان من قبل المتعاقد الآخر فلا يكون أمامه فرصة للتفكير أو فحص محل التعاقد، فهو يعد من قبيل العقود المباغتة للمستهلك[٢]. وهذا ما اكده وأخذ به القانون الدولي الخاص السويسري الفيدرالي في المادة ١٢٠/ ١ من تقنين عام ١٩٨٧ وتعديلاته. وكذلك المادة (٢٩ / ١) من القانون الدولي الخاص الألماني لعام ١٩٨٦ ، واللذين تضمنا سريان قانون دولة محل الاقامة العادية للمستهلك على العقود التي يبرمها ووفقاً للحالات الواردة بهما [٣].

ويبدو استثناء الاعتماد على ضابط الأداء المميز في عقود الاستهلاك، هو الخشية من النتيجة التي قد يؤدي اليها من إسناد هذه العقود لقانون الطرف القوي في العقد باعتباره المدين بالأداء المميز مما يعد إضراراً بالطرف الضعيف ويؤدي إلى حرمان المستهلك من الحماية التي يوفرها له قانون محل إقامته المعتادة. لا سيما أن الأشياء التي تكون محل هذه العقود هي لاستخدام المستهلك الشخصي أو العائلي والذي لا صلة له بنشاطه التجاري[٤] .

وهذا بعكس المشرع الأردني الذي نص في الفقرة الأولى من المادة (٢٠) من القانون المدني على أنه: "تسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد بها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك". فنلاحظ من خلال النص أن المشرع الأردني قد قسم قواعد الإسناد إلى طائفتين قواعد اصلية وقواعد احتياطية. مع الإشارة إلى أن التدرج في التعداد لا يعني أن يتم التقديم والتأخير حسب ما تم ذكره، وأنما يتم حسب ما يوليه النص من اعطاء الأولوية إلى إرادة الأطراف[٥] . فالقواعد الاصلية هي

(١) سلامة، أحمد عبدالكريم، مرجع سابق، ص ١١١١.
(٢) المرجع ذاته، ص ١١١٢.
(٣) مشار إلى القانونين باللغة العربية وحالاتهما لدى سلامة، أحمد عبدالكريم، مرجع سابق، ص ص ١١١٢ . ١١١٣.
(٤) لم يتم لغاية تاريخه إقرار مشروع قانون حماية المستهلك في الأردن بالرغم من إرساله إلى مجلس الأمة منذ فترة طويلة.
(٥) الهداوي، حسن، مرجع سابق، ص ١٥١.

التي ارتبطت بإرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على الرابطة التعاقدية مع ضرورة توافر المصلحة المشروعة والحقيقية في هذا الإختيار. أما قواعد الإسناد الاحتياطية والتي يعمل بها في حال غياب إرادة الأطراف والتي حددها المشرع تحديداً حصرياً فهما: قانون الموطن المشترك للمتعاقدين وقانون مكان إبرام العقد على التوالي.

وإذا ما أردنا تطبيق ما أخذ به المشرع الأردني وفقاً لنص المادة (٢٠) من القانون المدني عند غياب اتفاق الأطراف في الواقع العملي من جهة وفي العمليات المصرفية الدولية من جهة ثانية، سنجد أن المشرع لم يكن موفقاً في هذا التحديد المسبق لقواعد الإسناد وخصوصاً فيما يتعلق بعقود العمليات المصرفية الدولية، لأن حصر قواعد الإسناد بالموطن المشترك أو مكان الإبرام دون الالتفات إلى العناصر الأخرى في الرابطة التعاقدية قد يكون أمراً عارضاً في العقود الدولية[١]. أو قد يكون من الصعب تحديد مكان الإبرام سيما في العقود التي تبرم بالمراسلة [٢]، أو العقود التي يتعدد بها دور المصارف في العملية المصرفية الدولية ومنها على سبيل المثال: عمليات الاعتمادات المستندية والتي تكون على اتصال مع عدة بنوك لإتمامها، فقوانين تلك البنوك هي التي تكون أكثر اتصالاً بالعلاقة التعاقدية من القوانين التي حددها المشرع الأردني بهذا التحديد الجامد، ومن جهة ثانية لم يفرق المشرع الأردني بين مختلف العقود المبرمة وعلى اختلاف أنواعها، مما يضفي سبباً آخر على القصور التشريعي كونه لم يفرق بين مختلف العقود المبرمة، وإنما جاء التحديد عاماً دون تمييز.

وكمحاولة لتفادي هذا الجمود بتحديد قواعد الإسناد الاحتياطية في المادة (٢٠) من القانون المدني التي حددها المشرع، يمكن لنا اللجوء إلى نص المادتين (٢٤ و ٢٥) من ذات القانون حيث نصت المادة (٢٤) على ما يلي: "لا تسري أحكام المواد السابقة إذا وجد نص في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في المملكة الأردنية الهاشمية يتعارض معها". فقد ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدني (تواجه هذه النصوص المتعاقبة ٢٤ وما بعدها مشاكل تعرض بصدد تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص التي قررتها النصوص السابقة ... قد تعرض أمراً لا حكم له في تلك القواعد ...) وقد جاء في المادة (٢٥) من القانون المدني ما يلي: "تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين". حيث تواجه هذه المادة . وعلى حد تعبير المذكرة الإيضاحية للقانون المدني . حالة عدم وجود نص في شأن حالة من أحوال تنازع القوانين لتحيل في ذلك

(١) المصري، محمد وليد، مرجع سابق، ص ١٨٦.

(٢) الداودي، غالب، مرجع سابق، ص ٢٢٤.

إلى مبادئ القانون الدولي الخاص بالاستناد إلى ما يقرره الدستور في هذه الحالة[١]. وعليه فيمكن للقاضي الوطني أن يستعين بنص المادتين (٢٤ و٢٥) من القانون المدني لتطبيق قواعد الإسناد الملاءمة على الرابطة التعاقدية والمتعلقة بالعمليات المصرفية ليصل من خلالهما إلى إمكانية تطبيق نظرية الأداء المميز للأسباب التي وردت لتبرير إعمال النظرية وتطبيقها على المعاملات المصرفية إسوة بالنظم والتشريعات المقارنة.

المبحث الثاني: تطبيقات نظرية الأداء المميز في العمليات المصرفية وصورها

ذكرنا أن نظرية الأداء المميز تقوم على تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال تفريد معاملة العقود حسب الوزن القانوني والأهمية للأداء أو الالتزام الرئيسي في العقد، فيكون من الطبيعي عندها ان يختلف القانون الذي يحكمه في كل عقد على حده[٢] فقد اجتذبت هذه النظرية تأييد العديد من النظم القانونية والفقهاء، نظراً لما أثارته قواعد الإسناد الأخرى العديد من الصعوبات في تحديد القانون الواجب التطبيق على المعاملات الدولية، ومنها محل الإبرام، سيما إذا ما تم الإبرام بين غائبين، أو في حال محل التنفيذ، والذي قد يعيبه صعوبة أعماله حينما يتم التنفيذ في أكثر من دولة [٣] .

وعلى صعيد العمليات المصرفية ونظراً لأنها تتأثر بالوسط الاقتصادي والقانوني الذي تتم به، ونظراً لما تؤثر وتتأثر بهذا الوسط، ونظراً لأسلوب العمل بالعمليات المصرفية، وما يتم استخدامه لتنفيذها وبوسائل فنية أعطت لها خصوصية بالتعامل، فيمكن لنا أن نؤيدها على هذا الصعيد من جهة، وكون أن تطبيق النظرية لاقى تأييداً واسعاً بين فقهاء وشراح القانون من جهة ثانية. استناداً إلى التحديد الدقيق للقانون الأوثق صلة بالعملية العقدية على اعتبار أن محل تنفيذ الأداء المميز هو موطن المدين بهذا الأداء، وهو ما يصون للمتعاقدين توقعاتهم ويضمن الاستقرار في العلاقات التجارية الدولية[٤] . ولتحديد تطبيقات النظرية وصورها في العمليات المصرفية، فإننا سنقوم بتقسيم هذا المبحث على النحو التالي:

(١) تنص المادة ١٠٣ / ١ من الدستور الأردني على ما يلي: "..... في مسائل الأحوال الشخصية للأجانب أو في الأمور الحقوقية والتجارية التي قضت العادة في العرف الدولي بتطبيق قانون بلاد أخرى بشأنها ينفذ ذلك القانون بالكيفية التي ينص عليها القانون".

(٢) سلامة، أحمد عبدالكريم، مرجع سابق، ص ١١٠٤.

(٣) المرجع ذاته، ص ١١٠٦.

(٤) صادق، هشام علي، مرجع سابق، ص ٥٦٣.

المطلب الأول: تطبيقات نظرية الأداء المميز في القضاء

تبنت أحكام القضاء مسألة الربط ما بين تطبيق القانون الواجب التطبيق، وفكرة الأداء المميز، كون أن نظرية الأداء المميز تفرق بين العقود المختلفة، وتقوم بإسناد كل طائفة من العقود إلى القانون الذي يتلاءم مع طبيعتها الذاتية، وهو القانون السائد في محل إقامة المدين بالالتزام الرئيسي فيها، والذي ما يكون غالباً شخصاً من المحترفين أو المهنيين وسواء أكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، الأمر الذي سيضفي بالنتيجة على قواعد الإسناد، طابع من الدقة والتفصيل، وهو ما أصبح السمة المميزة للتطور الحديث في القانون الدولي الخاص، مما سيؤدي بالنتيجة إلى تيسير مهمة القضاء، وهو ما دفعه إلى الركون اليها عند حل مشاكل التنازع، خصوصاً في مجال عقود المعاملات المالية[١] .

وقد كان أول من اقترح فكرة إسناد العقد إلى محل إقامة المدين بالأداء المميز هو القاضي السويسري Stauffer وكانت أولى الأحكام القضائية الصادرة في هذا الصدد هو حكم المحكمة الفيدرالية السويسرية في عام ١٩٥٢. وقد أكدت المحكمة الفيدرالية مرة أخرى هذه الفكرة في عام ١٩٦٦ عندما قررت أنه "في حالة سكوت المتعاقدين عن القانون الواجب التطبيق الذي يحكم العقد، فأن العقد يخضع للقانون الذي يرتبط به بأوثق صلة وهو قانون محل إقامة الطرف المدين بالأداء المميز في العقد"[٢] .

وقد أخذ القضاء الفرنسي واعتمد في بعض الأحكام الصادرة عنه، حتى قبل العمل في اتفاقية روما لعام ١٩٨٠، على نظرية الأداء المميز كمعيار لتحديد القانون الواجب التطبيق في حال عدم اتفاق الأطراف صراحة على تطبيق قانون معين. واعتبرت محكمة استئناف باريس وفي حكمها الصادر عام ١٩٥٥ على ضرورة الكشف عن القانون الواجب التطبيق، بالنظر إلى الظرف الذي يوجد فيه العقد من حيث مضمونه، وواقعه الاقتصادي المركز في مكان معين لدولة معينة[٣].

وكذلك حكم محكمة السين الابتدائية الصادر في عام ١٩٦٣ التي اخضعت بموجبه عقد إيداع الصكوك لقانون المصرف المودع لديه تلك الصكوك، دون الالتفات إلى اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على سند من القول: إن مكان البنك المودعة لديه الصكوك تتوافر فيه الاعتبارات القانونية والاقتصادية التي تبرر تطبيق قانون البنك بعد أن عمدت المحكمة إلى تركيز الرابطة التعاقدية تركيزاً موضوعياً على الرغم من وجود اتفاق بين الأطراف [٤].

(١) صادق، هشام علي، مرجع سابق، ص ص ٦٠٣ – ٦٠٤.
(٢) المنزلاوي، صالح مرجع سابق، ص ٣٤٠.
(٣) عبدالعال، عكاشة، مرجع سابق، ص ١٤٣.
(٤) عبدالعال، عكاشة، مرجع سابق، ص ١١٦.

ومع ذلك فقد يتعذر على القاضي في بعض الحالات تحديد المقصود بالأداء المميز في العقد للكشف عن القانون الواجب التطبيق، ومثالها عقود المقايضة حيث تتماثل أهمية الالتزامات المتقابلة[١]، أو قد يتبين للقاضي في فروض أخرى وبالرغم من إمكانية تحديد الأداء المميز أو الجوهري في الرابطة التعاقدية، إلا أنه ونظراً إلى ظروف التعاقد وملابساته فقد يتبين وجود قانون آخر أوثق صلة بالرابطة التعاقدية من قانون مكان إقامة المدين بالأداء المميز، مما يجيز للقاضي أن يستبعد تطبيق قانون الاخير، كأساس لإسناد الرابطة التعاقدية وإسناد الرابطة إلى القانون الأكثر صلة [٢].

وهذه الرخصة لها سندها التشريعي في القانون الدولي الخاص السويسري والذي جاء به وبموجب المادة ١٥ منه على تخويل القاضي تعطيل إعمال قواعد الإسناد المنصوص عليها بالقانون، ومن بينها قاعدة الإسناد لقانون المدين بالأداء المميز فيما لو تبين من الظروف أن هذا القانون لا يرتبط بالعلاقة إلا برابطة ضعيفة بينما ترتبط العلاقة التعاقدية بصلة أقوى بقانون آخر [٣].

وبالرجوع إلى الأحكام القضائية الأردنية وباستعراض العديد من القرارات الصادرة عن محكمة التمييز الأردنية، فأننا لم نجد أية قرارات كانت قد صدرت لغاية تاريخ اعداد البحث تتعلق بإعمال قانون محل إقامة المدين بالالتزام الجوهري في الرابطة التعاقدية وفي مجال العمليات المصرفية تحديداً.

بل على العكس فقد تمسكت محكمة التمييز في العديد من القرارات بتطبيق نص المادة (٢٠) من القانون المدني وفقاً للصيغة والتدرج الحرفي الواردة بها وذلك عندما نصت في إحدى قراراتها على ما يلي: (... فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي يوجد بها الموطن المشترك للمتعاقدين وهو قانون المملكة الأردنية الهاشمية بمقتضى المادة ٢٠ من القانون المدني التي تنص على أن يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد بها الموطن المشترك إذا اتحدا موطناً توفيقاً لمبدأ سيادة الدولة وقانونها على مواطنيها وإقليمها وهو نص أمر لا يخضع لسلطان إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق، أما إذا اختلفا موطناً فيسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدين على تطبيق قانون آخر، أي أنه في حالة اختلاف الموطن فيجوز للعاقدين الإتفاق على تطبيق حكم قانون الدولة التي يختارها ويرد عليها قاعدة تنازع القوانين التي تشترط ان يكون التنازع

(١) صادق، هشام علي، مرجع سابق، هامش (٢٠٦) ص ٦٠١.
(٢) المرجع ذاته، ص ٦١٢.
(٣) المرجع ذاته، هامش ٢٢٦ ص ٦١٣.

مشتملاً على عنصر أجنبي. وعليه يكون ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف بتطبيق أحكام القوانين الأردنية على واقعة الدعوى إعمالاً لنص المادة ٢٠ من القانون المدني يتفق مع القانون فنقرر رد السبب)، وقد خالف احد اعضاء الهيئة الأكثرية في قرارها الصادر، حيث ورد قرار المخالفة على النحو التالي: (أرى أن تطبيق نص المادة ٢٠ من القانون المدني توجب تطبيق القانون المتفق عليه بين الطرفين في العقد، فإن لم يكن هناك اتفاق على قانون معين طبق قانون الدولة التي فيها الموطن المشترك أن اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً طبق قانون الدولة التي تم فيها التعاقد. وحيث أن محكمة الاستئناف فسرت المادة ٢٠ على خلاف هذا وايدتها في ذلك الأكثرية المحترمة فإنني أبدي مخالفتي وأرى نقض القرار المميز)[١] .

وفي قرار آخر لمحكمة التمييز فقد جاء به (يستفاد من المادة ٢٠ من القانون المدني أنه في الالتزامات التعاقدية يطبق قانون الدولة التي يوجد فيها موطن مشترك لكلا المتعاقدين كقاعدة رئيسية فإن اختلف المتعاقدان في الموطن سرى على العقد قانون الدولة التي تم فيها التعاقد وحيث أن المتعاقدين ليس لهما موطن مشترك فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون الكويتي قانون الدولة التي تم فيها العقد ....)[٢] .

وكذلك قررت محكمة التمييز في قرار لها أنه (يعتبر قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين هو الذي يسري على الالتزامات التعاقدية إذا اتحدا موطناً، وأن قانون الدولة التي تم فيها العقد هو الذي يسري على تلك الالتزامات إن اختلفا موطناً كما تقضي بذلك المادة ٢٠ / ١ من القانون المدني ...)[٣] .

والملاحظ على تلك القرارات الصادرة عن محكمة التمييز . بالإضافة إلى ما ذكرته حول الصيغة والتدرج الحرفي الواردين فيهم عند تفسير المادة. أنهم لم يأتوا على ذكر قانون الإرادة كقاعدة إسناد رئيسية يتم الاستناد عليها عند تطبيق أحكام المادة (٢٠) من القانون المدني.

إذ اعتبرت محكمة التمييز وبموجب قراراتها الوارد ذكرها. بالإضافة إلى قرارات أخرى تعلقت بذات المادة . إن قواعد الإسناد الرئيسية في المادة (٢٠) هما الموطن المشترك، ومن ثم مكان إبرام العقد فقط من دون حتى الإشارة إلى قانون الإرادة ولو بوصفه قاعدة إسناد احتياطية بالرغم من أنه قاعدة إسناد رئيسية يعمل بها أولاً قبل اللجوء إلى قواعد الإسناد الاحتياطية والمتمثلة بالموطن المشترك

(١) تمييز حقوق رقم ٦٧ / ١٩٨٨ تاريخ ٢٨ / ٢ / ١٩٨٨ . منشورات مركز عدالة.
(٢) تمييز حقوق رقم ٣٢١٠ / ٢٠٠٤ تاريخ ١٦ / ١ / ٢٠٠٥ . منشورات مركز عدالة.
(٣) تمييز حقوق رقم ٣٨٧٦ / ٢٠٠٦ تاريخ ٨ / ٣ / ٢٠٠٧ . منشورات مركز عدالة.

ومكان إبرام العقد . باستثناء ما ورد في قرار المخالفة الصادر في القرار رقم ٦٧ / ١٩٨٨ والمشار إليه أعلاه. وهو ما يلفت الانتباه في مجانبة الصواب عند تفسير المادة، الأمر الذي يوجب معه إعادة النظر في تفسيرالمادة من قبل محكمة التمييز على أساس ما تم ذكره أنفاً.

المطلب الثاني: بعض صور نظرية الأداء المميز في العمليات المصرفية

نتساءل لماذا يعتبر قانون البنك هو القانون الأكثر ارتباطاً بالعلاقة التعاقدية؟ مما يسمح والحال كذلك تطبيق قانونه حتى لو كان هناك اتفاقاً بين الأطراف على تطبيق قانون آخر في بعض الحالات. وللاجابة على هذا التساؤل، نعرض بعض صور العمليات المصرفية والتي قد تبرر لنا السند الذي يمكننا الركون اليه لتطبيق قانون البنك، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: عقد الوديعة النقدية المصرفية

تعتبر الودائع النقدية من أهم العمليات المصرفية بالنسبة إلى البنوك، فهي الوسيلة الرئيسية والأساسية للحصول على النقود والتي تستطيع من خلالها ممارسة نشاطها المصرفي(١). بالإضافة إلى أنها وسيلة فعالة لضمان نقود المودع من مخاطر الضياع والسرقة، فضلاً عن اعتبارها وسيلة ادخار واستثمار تمكنه من مواجهة الأحداث المستقبليه(٢). وعليه فأننا سنبحث صورة عقد الوديعة النقدية المصرفية لبيان مبررات الأخذ بتطبيق قانون البنك عليه وفقاً لما يلي:

أولاً: تعريف الوديعة النقدية المصرفية

عرف المشرع الأردني الوديعة النقدية في قانون التجارة بقوله: (إن المصرف الذي يتلقى على سبيل الوديعة مبلغاً من النقود يصبح مالكاً له ويجب عليه أن يرده بقيمة تعادله دفعة واحدة أو عدة دفعات عند أول طلب من المودع أو بحسب شروط المواعيد أو الأخبار المسبق المعينة في العقد) (٣).

(١) القليوبي، سميحة، مرجع سابق، ص ٣٣٠.

(٢) الشماع، فائق، الايداع المصرفي . الايداع النقدي: دراسة قانونية مقارنة، ج١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص ٣١ .

(٣) المادة ١١٥ / ١ من قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ والمنشور على الصفحة ٤٧٢ من عدد الجريدة: "مبلغ من النقود يسلمه شخص باي وسيلة من وسائل الدفع إلى شخص آخر الذي يلتزم برده لدى الطلب أو وفقاً للشروط المتفق عليها ويكتسب المودع لديه ملكية النقود المودعة ويكون له الحق في التصرف فيها مع التزامه برد مثلها للمودع ويكون الرد بذات العملة" .

وعرفها جانب من الفقه بأنها: (النقود التي يعهد بها الأفراد أو الهيئات إلى البنك، والتي استخدمها في نشاطه المهني على أن يتعهد الأخير بردها أو برد مبلغ مساو لها إليهم أو إلى شخص آخر معين لدى الطلب أو بالشروط المتفق عليها)[١]. كما عرفها جانب آخر من الفقه بأنها: (العقد الذي يتم بين العميل المودع من جانب والبنك المودع لديه من جانب آخر وفيه يضع العميل مبلغاً نقدياً لدى البنك ويترتب على هذا العقد الذي يخول البنك ملكية النقود المودعة والتصرف فيها بما يتفق مع نشاطه المهني، التزام البنك المودع لديه برد مبلغ الوديعة النقدية إلى العميل المودع في الميعاد المحدد حسب الاتفاق والذي يكون عند الطلب أو بعد أجل معين أو التي ترد بشرط أخطار سابق ويكون رد البنك بذات العملة التي تم بها الايداع ما لم يتفق على خلاف ذلك)[٢]. وقد عرفت أيضاً بأنها: (عقد بمقتضاه يسلم شخص مبلغاً إلى المصرف الذي يتعهد بأن يرد اليه قيمة مماثلة دفعة واحدة أو عدة دفعات لدى أول طلب منه أو ضمن المهل والشروط المتفق عليها)[٣] .

فالوديعة النقدية ومن خلال التعاريف المذكورة سابقاً، تظهر لنا تخويل ملكية البنك للنقود والتصرف فيها مع التزامه التام بردها إلى المودع وفقاً للاتفاق المبرم على كيفية الرد وحسب الشروط المتفق عليها بينهما.

ومن جانب آخر فقد أدى ظهور عدة تعاريف إلى تباين في تحديد الطبيعة القانونية لهذه العملية المصرفية وهو ما ادى إلى الاختلاف في تطبيق القواعد الواجبة التطبيق في هذا الصدد[٤].

ثانياً: الطبيعة القانونية لعقد الوديعة المصرفية

بما أن عقد الوديعة المصرفية يعطي حقاً للبنك بتملك النقود المودعة والتصرف بها تبعاً للعرف المصرفي الذي استقر على افتراض إذن العميل للبنك بذلك[٥]. وعليه فقد تعددت الآراء الفقهية حول الطبيعة القانونية لعقد الوديعة المصرفية ونوجزها كما يلي:

(١) عوض، علي جمال الدين، مرجع سابق ، ص ٥٠.

(٢) أحمد، عبدالفضيل محمد، عمليات البنوك: الودائع المصرفية – الحسابات المصرفية – عمليات الإئتمان (القروض – القبول – الخصم – الإعتماد المصرفي البسيط – الإعتماد المستندي)، دار الفكر والقانون، المنصورة ، ٢٠١٠، ص ١٥.

(٣) أنظر المادة ٣٠٧ / ١ من قانون التجارة البرية اللبناني (مرسوم اشتراعي رقم ٣٠٤ – صادر في ١٩٤٢/١٢/٢٤) وعيد، أدوار، العقود التجارية وعمليات المصارف، مطبعة النجوى، ١٩٦٨، ص ٥١٠.

(٤) الشماع، فائق، مرجع سابق، ص ٣٨

(٥) عوض، علي جمال الدين، مرجع سابق، ص ٥٥ وما بعدها.

رأى اتجاه فقهي أن الوديعة النقدية المصرفية هي وديعة بالمعنى الدقيق، فيترتب على البنك التزامه برد المبلغ المودع بذاته ويمتنع عليه عند طلب الاسترداد الدفع بالمقاصة(١).

في حين يرى اتجاه ثانٍ أنها وديعة شاذة وفيها يتملك البنك المال المودع ويلتزم برد مثله وهي تقترب من فكرة القرض، مع الفرق أنها تختلف عن الأخير في أنها لمصلحة العميل حيث يستطيع أن يتنازل عن الأجل ويطلب الرد فوراً. فإنَّ أذن للبنك باستعمالها فأنه ملزم مع ذلك بحفظها، ولا تكون له حرية التصرف فيها. وقد أنكر البعض تسميتها بالوديعة ما دام أن البنك مأذون باستعمالها، لذا فقد سقط عن البنك التزام الحفظ لأن الوديعة تهلك بالاستعمال(٢).

ويميل جانب من الفقه إلى اعتبارها من قبيل القرض والذي يلتزم المقترض بموجبه برد شيء مماثل للوديعة ولا يلتزم بالحفظ، ويمتلك المال المقترض، وتبعاً لذلك فهو يتحمل تبعة الهلاك بالقوة القاهرة، وله حق التمسك بالمقاصة بين ما يكون له من حقوق قبل العميل المودع (٣) .

ويذهب اتجاه رابع إلى اعتبار عقد الوديعة من العقود ذات الطبيعة الخاصة، لذلك لا مناص عن الكشف عن نية المتعاقدين واستظهارها لتحديد أحكام العقد، فالبنك يعفي المودع من حمل نقوده مع إمكانية استعمالها ويسمح له بتسوية العديد من الديون عن طريق قبول الوفاء بالشيكات أو بإجراء عمليات التحويل المصرفي، ويستطيع البنك بمقابل الاحتفاظ بنقود العميل، من أن يستعملها لحسابه في العمليات الائتمانية(٤).

وإذا ما أخذنا بأي من الاتجاهين الأخيرين، سيخضع عقد الوديعة المصرفية إلى تطبيق قانون البنك، وذلك للاعتبارات التي سيتم عرضها تالياً.

---

(١) عرفت المادة ٣٤٣ من القانون المدني الأردني المقاصة بأنها: "إيفاء دين مطلوب لدائن بدين مطلوب منه لمدينه".

(٢) القليوبي، سميحة، مرجع سابق، ص ٣٣٨

(٣) عوض، علي جمال الدين، مرجع سابق ، ص ٦٢ وانظر كذلك قرار محكمة التمييز الاردنية رقم ٨٨١ / ١٩٩٨ تاريخ ٤ / ١ / ١٩٩٨ و قرار رقم ٨٠٣ / ٢٠٠٧ تاريخ ٢٧ / ٨ / ٢٠٠٧ . منشورات مركز عدالة.

(٤) دويدار، هاني، العقود التجارية والعمليات المصرفية: الوكالة بالعمولة، نقل البضائع، البيع بالتقسيط، حساب الودائع، الحساب الجارى، القرض المصرفى، الاعتماد البسيط، الكفالة المصرفية، خطاب الضمان، الاعتماد المستندى، خصم الأوراق التجارية، إدارة الأوراق المالية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٤، ص ١٦١ وكذلك ناصيف، الياس، الكامل في قانون التجارة، عويدات للنشر، الجزء الثالث، ١٩٩٩، ص ٣٥٦.

ثالثاً: تطبيق قانون البنك على ضوء الطبيعة القانونية لعقد الوديعة المصرفية

على ضوء ما سبق ذكره حول تحديد الطبيعة القانونية لعقد الوديعة المصرفية فيمكن لنا أن ننحاز لتطبيق قانون البنك بوصفه محل إقامة المدين بالأداء المميز وذلك للاعتبارات التالية:

١) يعتبر مكان البنك هو المكان المحوري بعملية إبرام عقد الوديعة المصرفية، ففيه يحتفظ البنك بقيمة الوديعة وبه يلزم بردها عند استحقاق أجل الرد أو حسب مقتضى الاتفاق بين العميل وبين البنك، فمن خلال تعريف الوديعة النقدية المصرفية سواء التشريعي أو الفقهي نلحظ أن هدف الوديعة هو تملك النقود واستعمالها في منح الائتمان للغير، وهو دور البنك في هذه المرحلة، ومن ثم يقوم البنك برد الوديعة إلى المودع حسب الشروط أو المدة المتفق عليها، فعملية استعمال الوديعة وردها دور يتميز به البنك بما يجعله بموقع الطرف الذي يقوم بالأداء المميز بالعملية المصرفية، الأمر الذي يكون من الطبيعي تطبيق قانونه على تلك العملية.

٢) تخضع الودائع المصرفية وحفاظاً على حقوق المودعين، لقواعد لها صفة البوليس، وذلك ضماناً لحماية الودائع وعدم انكارها من قبل البنوك وحماية لمدخرات المودعين، وهذه الحماية لا يمكن أن تؤتي ثمارها إذا ما تم إخضاع العقد لغير قانون البنك[١].

٣) إن آليات عمل البنوك في عقود الودائع المصرفية تعد آليات جوهرية نظراً لتجاوز إعمال البنوك للصورة التقليدية في عملها، فقد أدى تداخل وتشابك العمليات المصرفية إلى نشأة ما يسمى (بالنقود الكتابية) لكونها تخلق بالكتابة في حسابات العملاء وتنتقل من شخص لآخر عن طريق الشيكات أو النقل المصرفي، ويعد استخدامها كما تستخدم النقود العادية في تسوية المعاملات وتحديد المراكز القانونية. فهذه الالية بالعمل وما يتبعها من تسوية الحسابات والقيود الدفترية لصالح العملاء لا يتصور تحركها إلا وفق قانون البنك المودع لديه هذه الودائع والذي يقوم بتلك العمليات[٢] .

٤) إن عقود الودائع المصرفية لدى البنوك تتم عادة ومهما اختلف الطرف المتعامل معها، بشكل موحد، وفقاً للمحررات التي يعدها البنك، وتكون مطبوعة وفقاً لنماذج يعتمدها، وذلك لغايات السرعة وامتثال كافة المودعين بها، فالبنك عند تحديده لشروط العمليات التي يجريها والتي عادة ما تكون معدة سلفاً، فأنه والحال كذلك تتحقق المساواة بين جميع العملاء مما يخلق الثقة لديهم اتجاه البنك في العمليات التي يجريها.

(١) عبدالعال، عكاشة، مرجع سابق، ص ٢٤٣.

(٢) عبدالعال، عكاشة، مرجع سابق، ص ٢٤٤.

٥) في حال اتخاذ اجراءات قانونية تتعلق بالحجز على قيمة الوديعة المصرفية، فإن هذه الاجراءات ستكون خاضعة لقانون الدولة التي تم بها تسليم الوديعة للبنك[١]، بالإضافة إلى أن كافة أدلة الإثبات الخطية المتعلقة بعملية رد الوديعة المصرفية، إنما تكون في مكان ممارسته لنشاطه التجاري، ومركزة لدى هذا البنك أو الفرع الذي قام بالعملية.

٦) وحدة القانون المطبق على عقد الوديعة النقدية المصرفية، وعلى ما يتولد عنه من عقود أو عمليات ناتجة عنه، مثل الاقراض أو خصم للأوراق التجارية مرده أداء البنك المميز والجوهري القائم بالعمليات المصرفية المتفرعة عن بعضها، يجعل من تطبيق قانونه على تلك العمليات يتفق مع المنطق السليم، إذا ما سلمنا انطباق قانون البنك على عقد الوديعة النقدية المصرفية[٢].

لهذه الاعتبارات والمميزات وتأكيداً على تركيز عملية الوديعة النقدية من الناحية الاقتصادية والمالية في الوسط الذي نشأت به، ونظراً للاعتبارات القانونية التي تبرز هذا الوسط الاقتصادي، فيكون تطبيق قانون البنك على عقد الوديعة النقدية المصرفية الأكثر ملاءمة بالاستناد إلى كونه أكثر القوانين اتصالاً بها خصوصاً عند تخلف قانون الإرادة الصريحة أو الضمنية المؤكدة.

الفرع الثاني: عقد القرض المصرفي الدولي

كثيراً ما يلجأ من يمارس العمل التجاري إلى تمويل مشروعاته التجارية سواء كافراد أو كمؤسسات وشركات كبرى، فيكون اللجوء إلى البنوك إحدى هذه الوسائل لتوفير السيولة اللازمة لتحقيق الغايات التجارية، ويعد القرض المصرفي أحد صور الاعتمادات المصرفية التي تهدف إلى تنشيط وتوسيع العمل التجاري من خلال منح البنك الائتمان[٣] اللازم لهذه العمليات، والتي تعود بالنفع على طرفي القرض المصرفي. ولغايات بحث ومعرفة القانون الواجب التطبيق على عقد القرض المصرفي فاننا سنتناول بحث هذه الصورة من خلال ما يلي:

(١) المرجع ذاته، ص ٢٤٦.

(٢) المرجع ذاته، ص ٢٤٧.

(٣) عرف قانون البنوك رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٠ وفي المادة الثانية منه الائتمان بأنه: "دفع مبلغ من المال من البنك إلى العميل مقابل حق استرداده مع فوائده واي مستحقات أخرى عليه وأي ضمان او كفالة او تعهد يصدره البنك".

أولاً: تعريف القرض المصرفي

عرف المشرع الأردني القرض في القانون المدني بأنه: "تمليك مال أو شيء مثلي لآخر على أن يرد مثله قدراً ونوعاً وصفة إلى المقرض عند نهاية مدة القرض"[١]. فالقرض المصرفي لا يختلف كثيراً في طبيعته عن القرض العادي الذي ينظمه القانون المدني، فهو يخضع للقواعد والأحكام العامة ما لم توجد أعراف مصرفية خاصة في شأنه. إلا أنه يتميز ببعض الخصائص التي تميزه عن القرض المدني فهو صورة من صور النشاط الذي يقوم به البنك على سبيل الاحتراف [٢] .

وبالرغم من ارتباط عقود العمليات المصرفية بالتجارة الدولية ارتباطاً وثيقاً، فقد أثار تحديد تطبيق القانون الواجب التطبيق على تلك العمليات تبايناً بالآراء حول تحديد القانون، إذ تعددت هذه الآراء بالفرض حيث يصمت أطراف العلاقة على تحديد القانون الذي ينطبق على الرابطة التعاقدية المبرمة بينهما، إذ لا خلاف حول اتفاق الأطراف صراحة على تحديد وتعيين القانون بينهما والذي غالباً ما يكون قانون المقرض وبوصفه صاحب الأداء المميز في العقد وهو قانون الدولة التي يوجد بها مقر البنك القائم بالعملية[٣]. لذا تثور إشكالية تحديد القانون عند صمت الأطراف عن تحديده وهوما سنعرضه تالياً.

ثانياً: الآراء التي قيلت بتحديد القانون الواجب التطبيق

رأى جانب بتطبيق محل إبرام القرض، بينما رأى جانب آخر أن يطبق قانون محل التنفيذ كونه قانون الأداءات الجوهرية في العملية التعاقدية، ورأى جانب ثالث بتطبيق قانون الدولة التي يتحقق فيها القرض[٤]. ورأى جانب الأخذ بقانون موطن المقترض، وكان سند كل رأي من الآراء، وعلى اختلافها، هو أن قانون كل جانب منهم يمثل القانون الأقرب إلى العلاقة والأكثر اتصالاً بها[٥] .

وعلى الجانب الأخر من الآراء السابق ذكرها، يرى اتجاه بأن قانون البنك هو القانون الذي يحكم عقد القرض المصرفي الدولي في حال غياب الاتفاق الصريح أو الضمني المؤكد للأطراف[٦] .

---

(١) المادة ٦٣٦ من القانون المدني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ المنشور على الصفحة (٢) من عدد الجريدة الرسمية رقم٢٦٤٥ الصادر بتاريخ ١ / ٨ / ١٩٧٦.

(٢) دويدار، هاني، مرجع سابق ، ص ٢٠١.

(٣) صادق، هشام علي، مرجع سابق ، ص ٥٩٩ وكذلك عبدالعال، عكاشة، مرجع سابق، ص ٢٩٩.

(٤) عبدالعال، عكاشة، مرجع سابق، ص ٢٩٩ وكذلك هامش ١٢٢ من ذات الصفحة.

(٥) عبدالعال، عكاشة، مرجع سابق، هامش ١٢٨، ص ٣٠٠.

(٦) المرجع ذاته، ص ٣٠٠ وكذلك صادق، هشام علي، مرجع سابق، ص ٦٠٩.

ويبدو لهذا الرأي ما يبرره من حجج وأسانيد نذكر منها: يمارس البنك نشاطه في مكان تطبيق قانونه والذي يتأثر بالعادات والأعراف المصرفية السائدة به من جهة ويخضع لأحكام القواعد والقوانين الامرة ذات التطبيق المباشر التي تنظم عمليات منح الائتمان من جهة أخرى بالإضافة ولكونأ قانون محل إقامة المدين بالأداء المميز هو القانون الواجب الانطباق فيعد وفي حالة القرض أن قانون البنك هو الواجب التطبيق بوصفه قانون محل إقامة المدين بهذا الأداء ألا وهو البنك [١]، في حين أن العملية لا تعدو من أن تكون حدثاً عارضاً له في خصوص أو مجال القرض[٢]، وهو ما يمكن الأخذ به عند تحديد الأداء المميز للبنك في التشريع الأردني من خلال نص المادة الثانية من قانون البنوك التي بينت أن البنك هو من يقوم بدفع مبلغ من المال إلى العميل مع حقه بالاسترداد فالصفة والأداء الجوهري يتمثل بدفع المبلغ مع حق الاسترداد وهذا ما يميز العملية.

بالإضافة إلى ذلك، فإن الصفة الجوهرية في العملية هنا أن البنك يمارس عملية ابرام عقد القرض المصرفي الدولي بصفته محترف النشاط المصرفي ومن واقع مركزه الاقتصادي والذي يبرر له وضع الشروط المعدة مسبقاً في العقود موضوع عملية القرض، مما يجعل منه صاحب اليد الطولى بالعملية، ومن دون تعسف يلحق بالطرف الآخر[٣].

مع الإشارة إلى أن البنك لا يكتفي بمجرد تقديم طلب القرض من قبل المقترض لإبداء موافقته عليه من دون التأكد من مركز العميل المالي، والحصول على الضمانات التي يحددها، فالبنك بحاجة إلى التأكد من قدرة العميل على رد المبلغ والوفاء بالفائدة التي يقضي بها الاتفاق[٤] .

وتجدر ملاحظة نقطتين أولهما أن عملية إبرام القرض المصرفي الدولي لا تغير من واقع تطبيق قانون البنك إذا ما تمت العملية بين مصرفين، فيجب البحث عن البنك القائم بالعملية لينطبق قانونه على العملية ليعتبر البنك الآخر بمثابة العميل في تلك العملية وذلك للاعتبارات السابق ذكرها، مع التأكيد على الاعتبارات القانونية والاقتصادية التي تسند تطبيق قانون البنك صاحب الأداء الجوهري

(١) عبدالعال، عكاشة، مرجع سابق، ص ٣٠١.
(٢) صادق، هشام علي، مرجع سابق، ص ٦٠٩.
(٣) عبدالعال، عكاشة، مرجع سابق، ص ٣٠١.
(٤) لمزيد من المعلومات ومعرفة المركز المالي للعميل انظر: دويدار، هاني، مرجع سابق ، ص ٢٠٢ وما بعدها.

بالعملية. وثانيهما ان إختيار عملة الوفاء بعملة معينة، لا يخرج عن كونه بمدى الثقة بتلك العملة دون أن يعني ذلك رغبة أطراف العقد بتركيز عقدهم في قانون دولة هذه العملة[١] .

فعلى ضوء كافة الاعتبارات والآراء السابق ذكرها، نستطيع أن ننحاز إلى تطبيق قانون البنك على عقد القرض المصرفي الدولي الذي يقدمه البنك للعميل، وينطبق كذلك قانون البنك حتى لو اتخذ عقد القرض أية صورة من صور التسهيلات المصرفية[٢]، كون أن دور البنك يتحدد وفقاً لدوره المميز الذي يؤديه في الحياة الاقتصادية للدولة التي يتخذ منها مقراً له [٣].

الخـاتمــة:

لا شك وبعد استعراض نظرية الأداء المميز بشكل عام وبمجال تطبيقها على عقود العمليات المصرفية بشكل خاص، فإن القول بغير تطبيق قانون البنك بوصفه المدين بالأداء المميز سيؤدي إلى إهدار الإسناد الواضح لقانون البنك والذي قد يؤدي بالنتيجة إلى التعارض مع الطابع الاستثنائي للخروج عن هذا المبدأ وفقاً لما تم ذكره من استثناءات في سياق هذا البحث ويتنافى من جهة أخرى مع توقعات الأطراف وتحقيق الأمان القانوني لهم في العلاقات الدولية التجارية منها والمصرفية بشكل خاص.

ناهيك عن خصوصية التعامل المصرفي المتمثلة بالأدوات الفنية المستخدمة في العمليات المصرفية، والتي تضفي عليها نوعاً من الخصوصية والمرتبطة بالبيئة الاقتصادية والقانونية التي يعمل بها البنك، والتي تتأثر وتؤثر بالحياة الاقتصادية والاجتماعية للدولة التي يمارس نشاطه بها بصفته محترفاً ومهنياً في مجال عمله نظراً لما قد تنعكس آثارها ليس على صعيد أطرافها فحسب. وهذا ما دفع العديد من التشريعات والاتفاقيات الدولية وحتى الاتجاهات القضائية في القانون المقارن إلى الأخذ بفكرة محل إقامة المدين بالأداء المميز لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات الدولية التجارية نظراً لما توفره هذه النظرية من تأكيد ومرونة عند تحديد القانون وتبتعد عن الإسناد الجامد الذي لا يتلاءم مع متطلبات التجارة الدولية في وقتنا الحاضر.

ورأينا أن المشرع الأردني لا يزال يستند في تحديد القانون الواجب التطبيق عند غياب الإرادة الصريحة إلى فكرة الإسناد الجامد والعام بالأخذ بالموطن المشترك للمتعاقدين أو بمكان الإبرام بموجب المادة ٢٠ من القانون المدني، بالرغم من توجه العديد من التشريعات الحديثة إلى هجر لتلك القواعد في تحديد القانون الواجب التطبيق نظراً لتوجه مثل تلك التشريعات إلى اللجوء إلى الضوابط المرنة ومنها

(١) عبدالعال، عكاشة، مرجع سابق، ص ٣٠٢ وما بعدها.

(٢) عبدالعال، عكاشة، مرجع سابق، ص ٣٠٧.

(٣) صادق، هشام علي، مرجع سابق، ص ٦٠٩.

نظرية محل إقامة المدين بالأداء المميز، فيا حبذا لو يسلك المشرع الأردني مسلك تلك النظم القانونية والاستناد بعد تعديل نص المادة ٢٠ من القانون المدني إلى القواعد والضوابط المرنة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات التجارية الدولية عند غياب الاختيار الصريح أو الضمني المؤكد لاختيار القانون الواجب التطبيق.

ولحين إجراء التعديلات المنشودة فإنه يقع على القضاء الأردني مسؤولية تطوير الاجتهادات القضائية بما يتوافق مع الاجتهاد القضائي المقارن والرجوع عن تفسير المادة ٢٠ من القانون المدني الأردني بداية وفقاً للتدرج الوارد بصيغتها والأخذ بالقاعدة الأساسية وهي قانون الإرادة عند تفسيرها لنص المادة وفي حال عدم توافر مثل هذه الإرادة الصريحة أو الضمنية المؤكدة اللجوء إلى التفسير الواسع بمقتضى أحكام المادة ٢٥ من القانون المدني، لمواكبة التطورات على صعيد التجارة الدولية من جهة، ومواكبة التطور القانوني لدى القضاء المقارن والذي لطالما كان مرشداً فعالاً للتعديلات التشريعية التي تتم على صعيد النظم والقواعد القانونية في دولهم من جهة أخرى.