القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك- دراسة مقارنة-

د. مسعودي يوسف♦

الملخص:

لقد تزايد الاهتمام بمشكلة تنازع القوانين في مجال عمليات البنوك في ظل التطور الذي تشهده عمليات التجارة الدولية بسبب سرعة حركة تنقل السلع والخدمات، وبفضل أيضاً تطور وسائل النقل والاتصالات.

وقد أصبحت الدولة تتدخل في تنظيم عمليات البنوك بقواعد آمرة لا يمكن للأفراد الاتفاق على مخالفتها تجسيداً لفكرة النظام العام الاقتصادي؛ وبالتالي انحسر دور مبدأ سلطان الإرادة في مجال عمليات البنوك مراعاة للطبيعة الفنية الخاصة للنشاط المصرفي.

لذلك، تثور في هذا المضمار مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الحساب الجاري، ثم مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاعتماد المستندي.

الكلمات المفتاحية: حساب جاري، اعتماد مستندي، قانون واجب التطبيق.

Résumé :

Le problème de conflit de lois dans le domaine des opérations bancaires dans le développement des opérations de commerce international connait une grande importance et ce, en raison de la rapidité des échanges des biens et services, laquelle est due grâce au développement des transports et des communications bancaires.

L'État s'immisce à réglementer les opérations bancaires par les biais des règles impératives à travers lesquelles les personnes ne peuvent nullement s'accorde à les contrevenir sur la base de l'ordre public. D'où le rôle de principe de l'autorité de la volonté s'est confiné dans le cadre de ces opérations dans la nature technique de l'activité bancaire. Il est dès lors question de déterminer la loi applicable aux contrats de compte courant, puis de préciser la loi applicable au contrat de crédit documentaire.

♦ أستاذ محاضر" أ "، جامعة أحمد دراية، أدرار

Mots-clés : opérations, banques, compte courant, loi applicable, crédit documentaire.

Abstract :

The problem of conflict of laws in the field of banking operations in the development of trade operations international knows a great importance and, because of the speed of the exchange of goods and services, which is due thanks to the development of transport and communications banking. The State interferes to regulate banking operations through the mandatory rules through which people can by no means agrees to break them on the basis of public order. Where the principle role of the authority of the will is confined in these operations in the technical nature of the banking activity. It is therefore a question to determine the contracts of current account, and then specify the law applicable to the contract of documentary credit.

Keywords: operations, banks, account current, applicable law, documentary credit.

مقدمة

تندرج عمليات البنوك في إطار العقود العادية مثلها مثل بقية العقود الأخرى كالوديعة والقرض والإيجار. ولكن العمليات المصرفية[1] تحتفظ بميزة أساسية تميزها عن العقود المدنية بفضل الأدوات الفنية التي تستخدمها البنوك في تسوية وتنفيذ هذه العمليات كما هو الشأن بالنسبة للحساب المصرفي[2]. فالعمليات المصرفية تعد من الأعمال التجارية بطبيعتها[3]؛ فهي لا تتصف بالمجانية إلا في حالات محصورة تستهدف البنوك من وراء ذلك

[1] تنص المادة 02 من نظام 13-01 على أنه:" تعتبر عمليات مصرفية كل العمليات التي تقوم بها البنوك والمؤسسات المالية في معاملتها مع الزبائن، كما هي محددة في المواد 66 إلى 69 من الأمر 03-11 المؤرخ في27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت2003، المعدل والمتمم والمذكور أعلاه"، ص42. انظر، نظام رقم 13-01 مؤرخ في08 أبريل 2013 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية. الجريدة الرسمية، العدد29، 2013.

[2] انظر، عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص9.

تنمية عملياتها الأساسية وتطويرها[4]. والجدير بالذكر، أن دراستنا تنحصر تحديداً في معالجة القانون الذي يحكم عمليات البنوك، وبالتالي يستثنى من نطاق بحثنا: الأوراق التجارية[5] والقانون الذي يحكمها.

ورغم أن حالات التنازع بين القوانين الوطنية في مجال العمليات البنكية قليلة ومحصورة مقارنة مع العقود الدولية الأخرى؛ والسبب في ذلك يرجع إلى كون العمليات المصرفية يسري عليها في الغالب قواعد وأعراف مشتركة بين الدول بوصفها عقود موجودة سلفا صاغها خبراء متخصصون[6]. فالحساب الجاري قد يكون بين تاجر في الجزائر وبنك فرنسي، أو بين بنك جزائري وبنك فرنسي وعليه سنبحث القانون الواجب التطبيق على العمليات البنكية سواء كان أحد الطرفين بنكاً أو كلاهما، أو بين شخصين طبيعيين فيما بينهم كتجار مثلاً، أو بين شخصين معنويين أو بين شخص طبيعي مع شخص معنوي.

وتتميز العمليات البنكية ببعض السمات والمظاهر التي لا يزال يتميز ويختص بها القانون البنكي وأهمها المظهر التقني والذي يعتمد على شكليات محددة وشروط محددة مسبقاً

---

[3] المادة 02 من القانون التجاري الجزائري الصادر بالأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم. وأيضاً المادة 05 من قانون التجارة الكويتي رقم 68 لسنة 1980، وكذلك المشرع المصري في المادة 05 من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999. واعتبرها أيضاً المشرع الأردني أعمالاً تجارية بحكم ماهيتها بموجب المادة 06 من قانون التجارة رقم 12 لسنة 1966. وبالنسبة للمشرع الإماراتي، فقد نص في المادة 05 من قانون المعاملات التجارية رقم 18 لسنة 1993 على أن عمليات المصارف تعد من الأعمال التجارية بحكم ماهيتها، كما نظم الحساب الجاري بأحكام خاصة في المواد من 390 إلى 408، والاعتماد المستندي في المواد من 428 إلى 439.

[4] انظر، إلياس ناصيف، العقود المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، لبنان، 2012، ص 6.

[5] تعرف الأوراق التجارية على أنها:" عبارة عن محررات مكتوبة وفق أوضاع شكلية معينة يحددها القانون قابلة للتداول بالطرق التجارية وتمثل حقاً موضوعه مبلغ من النقود يستحق الوفاء بمجرد الاطلاع أو في ميعاد معين أو قابل للتعيين، ويستقر العرف على قبولها كأداة لتسوية الديون شأنها شأن النقود". انظر، سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي للأسناد التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص34.

[6] انظر، سلطان عبد الله محمود الجواري، القانون الواجب التطبيق على الحساب الجاري والاعتماد المستندي، منشورا الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2010.

في نماذج مطبوعة تحدد محتواها التعاقدي؛ فقد أصبحت بمثابة عقود إذعان. وهذا ما جعل بعض الفقهاء يعتبرون العمليات المصرفية تدخل ضمن أنماط قانونية خاصة تختلف عن بقية أنواع العقود المدنية والتجارية الأخرى؛ الأمر الذي أدى بهم إلى الاعتراف بأن هذه العمليات البنكية ذات طبيعة خاصة[7]. ويضاف إلى ذلك المظهر الدولي لا سيما في الجانب التقني المرتبط بالتجارة الدولية كما هو الشأن بالنسبة للحساب الجاري والاعتماد المستندي. حيث أصبحت الاتفاقيات الدولية والأعراف البنكية تساهم في تسيير تلك العمليات بقواعد تستجيب لطبيعة النشاط المصرفي[8].

وقد تزايد الاهتمام بمشكلة تنازع القوانين في مجال عمليات البنوك في ظل التطور الذي تشهده عمليات التجارة الدولية بسبب سرعة حركة تنقل السلع والخدمات، وبفضل أيضاً تطور وسائل النقل والاتصالات. وبالمقابل أيضاً أصبح التحكيم يلعب دورا هاماً في حل المنازعات التي تنشأ بين البنوك وعملائها. ورغم ذلك فتبقى مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق أمراً مهماً؛ وهذا لحاجة كل طرف للوقوف على مضمون الحقوق التي يضمنها له القانون حتى يكون بإمكانه معرفة ما يمكن التنازل عنه من هذه الحقوق[9].

وبناء على ما سبق، ما هو القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك؟ هل تخضع لقانون الإرادة؟ أم لأحكام خاصة تلائم طبيعة هذه العقود؟

والإجابة عن هذه الإشكالية نتناولها ضمن المطلب الأول من هذه الدراسة الخاص بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الحساب الجاري، بالإضافة إلى المطلب الثاني المتعلق بدراسة القانون الواجب التطبيق على عقد الاعتماد المستندي.

---

[7] انظر، محفوظ لعشب، الوجيز في القانون المصرفي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص24، 25.

[8] محفوظ لعشب، نفس المرجع، ص26، 27.

[9] انظر، عصام الدين القصبي، القانون الواجب التطبيق على عقود المعاملات الإسلامية، المؤتمر العلمي السنوي الرابع عشر، " المؤسسات المالية الإسلامية، معالم الواقع وآفاق المستقبل، كلية الشريعة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 15–17 مايو 2005، ص399، 400. www.slconf.uaeu.ac.ae

المطلب الأول : القانون الواجب التطبيق على عقد الحساب الجاري

لما كانت العمليات البنكية عقودا دولية[10] تتضمن عنصراً أجنبياً قد يثور النزاع بشأنها بسبب تزاحم قوانين كثيرة لحكمها مثل القانون الشخصي للدائن، والقانون الشخصي للمدين، أو قانون الموطن وقانون القاضي، وأيضاً قانون دولة التنفيذ. ولهذا فإنه، في حالة اختيار الأطراف المتعاقدة القانون الواجب التطبيق صراحة فلا يثور أي إشكال. ولكن الصعوبة تثور عندما لا تتجه إرادة الأطراف إلى اختيار قانون معين. كما أن العمليات المصرفية هي عمليات لها وظيفة اقتصادية ومالية داخل الدولة؛ ومن ثم فهي تخضع لقواعد لها صفة التطبيق الفوري أو الضروري[11]. ولتوضيح ذلك سنتناول مفهوم الحساب الجاري وأيضاً القانون الذي يخضع له عقد الحساب الجاري؛ وذلك في الفرعيين التاليين:

الفرع الأول: مفهوم الحساب الجاري، خصائصه وأركانه[12]

سنتطرق إلى تعريف الحساب الجاري وبيان طبيعته القانونية مع إيراد خصائصه والآثار المترتبة عليه.

أولا.- تعريف الحساب الجاري

يعرف الحساب الجاري بأنه:" عقد بمقتضاه يتفق طرفان على قيد نتائج ما يجري بينهما من معاملات في حساب على أن يفقد كل مدفوع خصائصه بمجرد دخوله الحساب

[10] إن المعيار الأساسي الذي يتم بموجبه إضفاء الصفة الدولية على هذه العقود هو عنصر مكان التنفيذ في خصوص هذه العمليات بالإضافة إلى الجمع بين المعيار الاقتصادي والقانوني. سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص24.

[11] سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص55، 56.

[12] لم يكن الحساب الجاري معروفا في القانون الروماني القديم، حيث ظهر في المدن الإيطالية الكبرى في القرن الثني عشر، وقد ساهمت الأعراف التجارية السائدة آنذاك في تطوير الأحكام وإيجاد الحلول لمختلف المشكلات التي كانت تواجه المعاملات سواء التي كانت تتم بين التجار فيما بينهم، أو بينهم وبين المصارف. إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص183.

ويتحول المدفوع إلى مفرد من مفردات الحساب فلا يجوز لأحد الطرفين مطالبة الطرف الآخر إلا بمقدار الرصيد عند غلقه الحساب"[13]. ويعرف أيضاً بأنه:" تعهد صادر من البنك بناء على طلب العميل(ويسمى الآمر أو معطي الأمر) لصالح الغير المصدر(ويسمى المستفيد) يلتزم البنك بمقتضاه بدفع أو قبول كمبيالات مسحوبة عليه من هذا المستفيد، وذلك بشروط معينة واردة في هذا التعهد ومضمون برهن حيازي على المستندات الممثلة للبضائع المصدرة "[14].

وعرفه الدكتور: إلياس ناصيف بأنه:" عقد بين شخصين هما: المسلم أو المتفرغ والمتسلم أو المتفرغ له يتم الاتفاق بموجبه، على أن عمليات متكررة متشابكة تستدعي تبادل الأموال، على تحويل ما لهما من ديون بموجب هذه العمليات إلى بنود بسيطة للتسلف والتسليف تفقد كيانها الذاتي وتندمج في حساب واحد يتم إقفاله في أوقات محددة بإجراء مقاصة بين الدفعات المتبادلة، بحيث يصبح الرصيد النهائي وحده ديناً مستحقاً ومهيئاً للإيفاء"[15].

وبالفعل فالعقد هو الذي يحدد إطار العلاقة بين البنك والزبون، وكذلك موضوع الخدمات المرتبطة بفتح الحساب[16]. وقد سمي بهذا الاسم لكون المعاملات التي تتم بين طرفيه يتم تسجيلها بالتتابع؛ أي أن القيود تقيد فيه على التوالي[17]. ولا يعد حساباً جارياً الاتفاق على ألا تبدأ مدفوعات أحد الطرفين إلا حين تنتهي مدفوعات الطرف الآخر[18].

إذن فالحساب الجاري هو نوع خاص من الحسابات المصرفية، وهو عقد يتعهد بموجبه طرفان بتحويل الحقوق والالتزامات الناشئة عن العمليات المتبادلة بينهما إلى بنود في

---

[13] سطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص60.

[14] انظر، عزيز العكيلي، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، الجزء الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص416.

[15] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص190.

[16] لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص95.

[17] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص186، 187.

[18] المادة 2/361 من قانون التجارة المصري الصادر بالقانون رقم 17 لسنة 1999.

الحساب[19]. ويؤدي الحساب المصرفي دوراً هاماً في مجال النشاط المصرفي، فهو وسيلة خاصة لجذب العملاء ووسيلة مهمة أيضاً لإثبات الديون الناشئة عن العمليات المصرفية بالإضافة إلى الدور الأساسي المتمثل في تسوية الديون عن طريق المقاصة[20].

وقد عرفه قانون التجارة السوري في المادة 393 بأنه:" يراد بعقد الحساب الجاري الاتفاق الحاصل بين شخصين على أن ما يسلمه كل منهما للآخر بدفعات مختلفة من نقود وأموال وأسناد تجارية قابلة للتمليك يسجل في حساب واحد لمصلحة الدافع ديناً على القابض دون أن يكون لأي منهما حق مطالبة الآخر بما سلمه له بكل دفعة على حدة بحيث يصبح الرصيد النهائي وحده عند اقفال هذا الحساب ديناً مستحقاً ومهيئاً للأداء". أما المشرع الإماراتي فقد عرفه في المادة 390 من قانون المعاملات التجارية رقم 18 لسنة 1993على أنه:" عقد بين شخصين تتحول بموجبه الحقوق والديون الناشئة عن علاقتهما المتبادلة إلى قيود في الحساب تتقاص فيما بينها بحيث يكون الرصيد النهائي عند إغلاق الحساب وحده ديناً يستحق الأداء".

ثانيا.- خصائص الحساب الجاري وأنواعه

من المبررات الأساسية التي تحث الأطراف على اللجوء إلى إبرام عقد الحساب الجاري هو أنه يوفر عليهم الوقت والجهد، ويجنبهم مخاطر نقل المال من مكان لآخر، وأيضاً تكلفة نفقات التنقل؛ لأنه بموجب هذا العقد تتم تسوية عدة تعاملات مالية مرة واحدة وفي وثيقة واحدة بدلاً من تصفية كل عملية على حدة. إذن ففكرة الحساب الجاري تقوم على تسهيل التعامل بين التجار الذين تتعدد وتتكرر تعاملاتهم؛ بحيث يكون كل منهما دائناً ومديناً، فيمسك كل تاجر سجلاً يدون فيه المبالغ المالية الخاصة بكل معاملة سواء أكان دائناً أو مديناً ثم يقومان بتصفية العمليات عن طريق المقاصة بينهما[21].

[19] عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص271، 272.

[20] عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص304.

[21] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص184.

ومن الملامح الخاصة التي تميز عقد الحساب الجاري أنه عقد تابع فهو وسيلة لتسوية تنفيذ عقود أخرى بين أطرافه عن طريق المقاصة. وبالنسبة لتكييف عقد الحساب الجاري فيخضع لقانون القاضي وليس قانون البنك[22].

وتصنف الحسابات المصرفية بحسب طبيعتها إلى صنفين هما: الحساب الجاري وهو حساب ذو قواعد خاصة، وحساب عادي أو بسيط أو حساب ذو قواعد عامة[23].

والملاحظ أنه، بالنسبة لتصنيف الحسابات المصرفية إلى صنفين عادي وجاري أمر منتقد، فالمصارف من الناحية الواقعية لا تعتد بهذه التفرقة حيث يوجد حساب جاري لكل عميل سواء كان حساباً دائناً أو حساباً مديناً[24]. ويرى البعض أن معيار التفرقة بين الحسابين هو هدف الطرفين من عملية القيد، فإذا قصدا تسوية مفردات الحساب فوراً فهو حساب عادي، وإذا قصدا إرجاء تسويتها إلى نهاية الحساب كان الحساب جارياً[25].

ثالثا.– أركان عقد الحساب الجاري

يتطلب إنشاء الحساب الجاري توافر الأركان الضرورية لتكوين العقود المتطلبة وفقا للقواعد العامة من تراضي ومحل وسبب وهذا ما سنبينه من خلال ما يلي:

آ.– الرضا

يقتضي توافر هذا الشرط أن يتفق أطراف عقد الحساب الجاري على تسوية حقوق الطرفين المتبادلة وقيدها في رصيد، وكذلك إدراج حقوقهما أو بعضها في الحساب[26]. ويجب

[22] عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص273.

[23] عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص302.

[24] انظر، فائق محمود الشماع، الحساب المصرفي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2003، ص137.

[25] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص212.

[26] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص194.

أن يكون التراضي بين الطرفين موجودا وصحيحا وصادرا من شخص كامل الأهلية[27]. وإذا كان طالب فتح الحساب صغيراً مميزاً فيجب أن يحصل على إذن بمزاولة التجارة .

ب.- المحل

يتمثل في المدفوعات التي قد تكون نقودا أو أوراقاً تجارية[28] قابلة للتمليك ويشترط في هذه المدفوعات الشروط الآتية:

-1 التماثل في المدفوعات[29]: أي أن يكون من طبيعة متماثلة أو من نوع واحد.

-2 أن يكون المدفوع ناشئاً عن دين مؤكد الوجود[30]، فلا يدخل في الحساب الديون المعلقة على شرط أو الحق المتنازع عليه.

-3 أن يسلم المدفوع للقابض على وجه التمليك[31].

-4 أن تكون المدفوعات متبادلة.

-5 أن تكون المدفوعات متداخلة .

ت.- السبب

يجب أن يكون موجودا ومشروعا، ويتمثل في اتجاه إرادة المتعاقدين إلى تسوية الديون الناشئة بينهما بتسوية نهائية ينتج عنها رصيد الحساب[32].

---

[27] ومن البديهي القول، أن شرط الأهلية يجب أن يتوافر في جميع عقود العمليات المصرفية مع الإشارة إلى أن الأهلية المشروطة للإيداع ليست كتلك المشروطة لمنح بطاقة الدفع أو لفتح اعتماد. ولذلك، فإن قواعد الأهلية تختلف بمناسبة دراسة كل عقد للعمليات المصرفية على حدة. لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص97.

[28] وحسب المادة 109 من قانون التجارة الأردني، فإن الدفع بواسطة سند تجاري لا يعد حاصلاً إلا بشرط قبض قيمته ما لم يكن اتفاق مخالف. انظر، قانون رقم 12 لسنة 1966.

[29] المادة 1/229 من قانون التجارة العراقي الصادر بالقانون رقم 30 لسنة 1984.

[30] فإذا كان المدفوع ناشئاً عن حق زال أو أخفضت قيمته لسبب لاحق للقيد في الحساب وجب إلغاء قيده أو تخفيضه وتعديل الحساب تبعاً لذلك. انظر، المادة 343 من قانون التجارة العراقي الصادر بالقانون رقم 30 لسنة 1984.

[31] انظر، المادة 392 من قانون المعاملات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

[32] سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص63، 66.

وهكذا يتضح مما سبق، أن فتح الحساب الجاري هو تصرف قانوني يقتضي إبرام اتفاق بين البنك وطالب فتح الحساب[33]. كما يشترط أن تتوافر فيه الأركان العامة لانعقاد العقد وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني[34].

الفرع الثاني: خضوع عقد الحساب الجاري لقانون البنك

إن الأصل في عقد الحساب الجاري أنه مبني على الاعتبار الشخصي؛ فهو عقد يقوم على الثقة المتبادلة بين الطرفين، والموافقة على تحمل المخاطر، ولهذا فمن المحتمل أن يكون أحد الأطراف وقت قفل الحساب معسراً الأمر الذي قد ينجر عنه عدم حصول الطرف الآخر على حقه. ومراعاة لذلك يتخذ البنك قبل فتح الحساب مجموعة من الإجراءات لضمان عدم الإضرار بمصالح عملائه[35]. ويطرح عقد الحساب الجاري المشتمل على عنصر أجنبي إشكالية تحديد القانون الذي يحكمه بسبب تزاحم عدة قوانين أجنبية لتنظيم هذه العلاقة.

أولا.– مضمون قانون البنك بوصفه قاعدة إسناد تحكم عقد الحساب الجاري

في الواقع، أنه لا يثور أي إشكال في حالة ما إذا اتفق الأطراف سواء بصفة صريحة أو ضمنية في العقد على تعيين القانون الواجب التطبيق على أي نزاع محتمل بشأن الحساب المصرفي. ولكن الصعوبة تكمن في حالة عدم التحديد؛ وهذا يقتضي منا تطبيق قواعد الإسناد الاحتياطية والمتمثلة في ضابط الموطن المشترك وقانون بلد الإبرام. فالمشرع قد افترض مسبقاً أن مركز الثقل في العلاقة العقدية المعروضة للنزاع هنا هو الموطن المشترك أو بلد الإبرام.

[33] قد يكون فاتح الحساب شخصاً معنوياً فهو يتمتع بذمة مالية مستقلة. وعلى البنك أن يتأكد من صحة تأسيس الشخص المعنوي وصلاحية ممثله خصوصاً في شركات التضامن والتوصية البسيطة. إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص238، 239.

[34] عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص306.

[35] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص199.

غير أن تطبيق هذه الضوابط تواجهه بعض الصعوبات؛ فبالنسبة لتطبيق قانون الموطن المشترك فهو منتقد لأنه يتعذر تطبيقه على الحساب الجماعي دون تضامن وعلى الحساب الجماعي مع التضامن بسبب وجود عدة أفراد وطنيين وأجانب أما تطبيق قانون بلد الإبرام فقد أصبحت عقود الحساب الجاري تبرم عبر وسائل الاتصال الحديثة فبالنسبة لتطبيق قانون بلد الإبرام، فقد أصبحت عقود الحساب الجاري تبرم عبر وسائل الاتصال الحديثة كالإنترنت إضافة إلى ذلك فإن محل إبرام العقد قد لا تكون له صلة بالعقد[36].

وبالنسبة للفرض الذي تكون فيه إرادة الأطراف غير معلنة يتعين على القاضي حينئذ الكشف عنها من ظروف وملابسات العقد، فمثلاً عقد مصرفي بين عميل فرنسي ومصرف جزائري. وتم الاتفاق على أن تكون عملة الدفع بالدولار الأمريكي يفسر ذلك على أن إرادة الأطراف قد اتجهت إلى تطبيق القانون الأمريكي.

والحقيقة أن قانون البنك هو القانون الملائم والأنسب باعتباره القانون الذي يحقق نظرية الأداء المتميز. ولا بديل للقاضي عن تطبيق هذا المبدأ إلا إذا تبين له أن العقد البنكي مرتبط بقانون دولة أخرى بروابط أوثق صلة من قانون دولة البنك[37].

وعليه فإن الرأي الراجح في الفقه الحديث يتجه إلى القول بتطبيق قانون الدولة التي يوجد فيها البنك الذي تم فيه فتح الحساب الجاري. وذلك لارتباط النشاط المصرفي ارتباطا وثيقاً بالوسط الاقتصادي، وبالتالي لا يمكن قيد هذا الحساب إلا وفقاً للقواعد القانونية[38] والأعراف المصرفية السائدة في دولة هذا البنك . كما أن قواعد العمليات البنكية يجب أن تطبق بغض النظر عن جنسية المتعامل أو موطنه وذلك بغرض حماية الائتمان العام وحماية العملاء[39]. وعليه فإن القانون الذي يحكم الحساب الجاري هو قانون الدولة التي يوجد فيها البنك الذي تم فيه فتح الحساب الجاري أو الفرع أو الوكيل الذي تم فيه فتح

[36] سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص79، 82.

[37] عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص232، 233.

[38] وعليه إذا ثبت عدم مشروعية الديون المتنازع عليها أو عدم صحتها استوجب ذلك إلغاء القيد المقابل لها في الحساب. إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص313.

[39] سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص83 وما بعدها.

الحساب الجاري. إن حسن أداء البنك لعمله يقتضي أن تخضع الحسابات العديدة التي يفتحها البنك لنظام قانوني واحد؛ وهذا الهدف يتحقق بتطبيق قانون البنك[40].

ثانيا.– نطاق تطبيق قانون البنك الذي يحكم عقد الحساب الجاري

إن الأصل في عقد الحساب الجاري أنه يقوم على احترام إرادة الأطراف[41]؛ إذ يرجع لها تحديد حدوده ومداه فقد يتم الاتفاق مثلاً على أن يشمل كل المعاملات بينهما، أو الاتفاق على استبعاد بعض الديون من نطاقه وتخصيصها لغرض آخر. على أن الغالب في إبرام عقد الحساب الجاري أن يكون نطاقه عاماً وشاملاً لكل الديون التي تنشأ بين طرفيه تطبيقاً لمبدأ عمومية الحساب الجاري.

غير أن هذا المبدأ ترد عليه استثناءات نوردها في ما يلي:

1– لا يشمل الحساب الجاري الديون الناشئة عن الروابط العائلية أو المسؤولية التقصيرية.

2– لا يشمل الحساب الجاري الديون التي يجب أن تتم تسويتها نقداً.

3– إذا كانت الحقوق غير قابلة للتجديد.

4– إذا لم يكن الحق قابلا للمقاصة[42].

ويحدد لنا قانون الدولة التي يوجد بها البنك أيضاً أسباب شروط فتح الحساب الجاري وقفله.

آ.– شروط الحساب الجاري:

تعتبر المدفوعات العنصر المادي المميز للحساب الجاري وهي الحقوق التي تكون للدافع على القابض. ويتولى قانون البنك تحديد معنى المدفوعات والشروط اللازمة من أجل قيدها في الحساب الجاري. كما يحدد لنا قانون الدولة التي يوجد فيها البنك تاريخ انتقال

[40] عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص279، 280.

[41] تنص المادة 394 من قانون التجارة السوري على أنه:"يتوقف مدى الحساب الجاري على إرادة المتعاقدين فلهما أن يجعلاه شاملاً لجميع معاملاتهما أو لنوع معين منها فقط".

[42] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص215، 222.

ملكية هذا المدفوع من الدافع إلى القابض[43]. ويشترط في المدفوعات أن تكون مؤكدة الوجود ومحددة المقدار، وأن تكون من الأشياء المثلية التي تقبل المقاصة، كما يجب أن تسلم الدفعة إلى القابض على وجه التمليك. وأخيراً أن تكون متبادلة ومتشابكة بين الطرفين[44].

وتبدأ عملية تشغيل الحساب الجاري من تاريخ دخول أول دين فيه وتستمر إلى غاية غلقه، وأثناء هذه الفترة فإن كل دين يدخل فيه يفقد ذاتيته وعناصره ويحل محله دين جديد يكتسب صفات الحساب الجاري، فالمدفوعات بعد دخولها الحساب الجاري تفقد صفتها واستقلالها بفعل مبدأ الأثر التجديدي للحساب الجاري. وتجديد الدين هنا لا يحتاج إلى اتفاق إرادتي طرفي الحساب بل يكفي فقط الاتفاق على إدخال الدين السابق على الحساب الجاري في الحساب لكي يشمله الأثر التجديدي. وبالتالي يمكن تحقيق أهم غاية في الحساب الجاري والتي تتمثل في تجنب تسوية كل دين لوحده، واعتماد تسوية واحدة عند الغلق النهائي للحساب[45].

ويجدر بنا التنويه إلى أن الحساب الجاري يتميز عن حساب الودائع في أن المدفوعات التي تقيد في الحساب الجاري تفقد كيانها واستقلالها الذاتي بحيث تندمج في مجموعة واحدة لا تتجزأ، بخلاف حساب الودائع أين تحتفظ المدفوعات فيه باستقلاليتها وذاتيتها[46].

ب.- نهاية الحساب الجاري:

يحدد لنا قانون الدولة التي يوجد فيها البنك أيضاً أسباب قفل الحساب وحالات القفل أو القطع المؤقت للحساب. ومن أمثلة اسباب قفل الحساب الجاري: إفلاس أحد طرفي الحساب أو الحجر عليه أو إعساره. وقد يكون سبب قفل الحساب هو منع التعامل الخارجي الذي تفرضه الدولة المفتوح فيها الحساب في زمن الحرب مع

[43] سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص94، 96.

[44] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص273.

[45] انظر، يوسف عودة غانم، الأثر التجديدي للحساب الجاري، مجلة جامعة ذي قار، العراق، العدد 04، المجلد 2، آذار، 2007، ص151، 152.

[46] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص208.

الدولة المعادية[47].

وقد حددت المادة 306 من قانون التجارة اللبناني[48] أسباب قفل الحساب الجاري حيث جاء فيها ما يلي:" ينتهي العقد في الوقت المعين بمقتضى الاتفاق، وإذا لم يتفق على الأجل ينتهي العقد بحسب إرادة أحد الفريقين وينتهي أيضاً بوفاة أحدهما أو بفقده الأهلية أو بإفلاسه". وهي الأسباب أيضاً الواردة في المادة 369 من قانون التجارة المصري[49].

وأضافت المادة 400 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي أسباب أخرى مثل حالة انقضاء الشخص الاعتباري، وحالة شطب البنك من قائمة البنوك العاملة أو توقف البنك عن أعماله. وبالمثل أيضاً فإن قانون البنك هو الذي يحكم تقادم دين الرصيد الناتج عن قفل الحساب[50]. ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة 404 من قانون التجارة الكويتي[51] بأنه:" لا تقبل الدعاوى الخاصة بتصحيح الحساب من جراء غلط أو إغفال أو تكرار في القيد أو غير ذلك من التصحيحات بعد انقضاء ستة شهور من تاريخ استلام كشف الحساب الخاص بالتصفية والذي يرسل بطريق البريد المسجل المصحوب بعلم الوصول.

وفي جميع الأحوال تقادم بمضي خمس سنوات كل دعوى تتعلق بالحساب الجاري، وتسري هذه المدة من تاريخ قفل الحساب".

ويترتب على إقفال الحساب الجاري وقف جميع العمليات المتعلقة بمدفوعاته، فلا يجوز إدخال مدفوعات جديدة عليه ولا حذف القيمة المالية المدونة فيه. وذلك تمهيدا لعملية التصفية التي تتم بإجراء المقاصة من أجل استخراج الرصيد النهائي والمستحق[52]. وعليه فعند غلق الحساب يعتبر دين الرصيد حالاً إلا إذا كان الطرفان قد اتفقا على غير ذلك وكانت بعض العمليات الواجب قيدها في الحساب لا تزال جارية وكان من شأن القيد تعديل

[47] سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص97.

[48] انظر، مرسوم اشتراعي رقم 304 – صادر في 1942/12/24.

[49] انظر، القانون رقم 17 لسنة 1999 بإصدار قانون التجارة.

[50] عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص295.

[51] انظر، مرسوم بالقانون رقم 68 لسنة 1980 بإصدار قانون التجارة.

[52] ، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص417، 419.

مقدار الرصيد. وفي هذه الحالة يعتبر دين الرصيد حالاً من اليوم التالي لآخر قيد تستلزمه هذه العمليات[53]. كما يجدر بنا التنويه هنا إلى مسألة هامة تتعلق بالتمييز بين التوقيفات المؤقتة والاقفال النهائي للحساب الجاري حيث أن الغرض من التوقيف المؤقت هو إعطاء فرصة لكل طرفي العقد لمراجعة سير الحساب؛ وذلك خلال فترة لا تتجاوز ستة أشهر. أما قفل الحساب الجاري بصورة نهائية فيقتضي ختام الحساب الجاري[54].

ونشير أخيراً إلى أن القاضي قد يمتنع عن تطبيق القانون الأجنبي على عقد الحساب الجاري عندما يتعارض تطبيق هذا القانون مع النظام العام كما لو أجاز القانون الأجنبي شرط الدفع بالذهب لتعارض ذلك مع التشريع الوطني الذي يفرض الدفع بالعملة الوطنية. كما يستبعد قانون دولة البنك من التطبيق على عقد الحساب الجاري متى ثبت أن هناك تحايل على القانون بتغيير ضابط الإسناد هروباً من تطبيق أحكام القانون المختص أصلاً. ويضاف إلى ما سبق مانع المصلحة الوطنية أو الأهلية التجارية التي تستوجب على العميل أن يكون متمتعاً بالأهلية القانونية لإجراء عقد الحساب الجاري[55].

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقد الاعتماد المستندي

لما كانت العمليات المصرفية عقود دولية، فإنها تخضع لقاعدة قانون الإرادة، ولكن مراعاة لطبيعتها الخاصة كونها تتم بموجب آليات وأدوات فنية محددة تلائم طبيعة هذه العقود المتعلقة بالائتمان؛ استوجب ذلك تدخل الدولة بقيود وقوانين التطبيق الفوري والمباشر الأمر الذي يؤثر على مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق[56].

وفي الواقع، نجد أغلب عمليات البنوك لا يتم الاتفاق فيها صراحة على تطبيق قانون البنك بسبب عدم اهتمام الأطراف بذلك وانشغالهم بإبرام الصفقات. غير أنه توجد حالات

[53] المادة 232 من قانون التجارة العراقي الصادر بالقانون رقم 30 لسنة 1984.

[54] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص515.

[55] سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص99.

[56] سلطان عبد الله محمود الجواري، نفس المرجع، ص11.

أخرى يتم الاتفاق فيها بين البنك والعميل صراحة على إخضاع العملية البنكية لقانون الدولة التي يوجد بها مقر البنك الذي يقوم بالعملية[57].

الفرع الأول: مفهوم الاعتماد المستندي

يلعب الاعتماد المستندي دوراً هاماً في مجال التجارة الخارجية فهو يضمن للبائع استيفاء ثمن البضاعة المرسلة بمجرد تقديم المستندات المطلوبة وبذلك يحمي نفسه من مخاطر تردي الأوضاع المالية للمستورد. كما يضمن للمستورد عدم دفع قيمة البضاعة قبل التأكد من شحن هذه البضاعة ومطابقتها للمواصفات[58].

ويعتبر الاعتماد المستندي عملية ائتمانية ذات أهمية اقتصادية كبيرة خاصة في مجال التجارة الدولية حيث يلجأ إليه لضمان المخاطر الاحتمالية في البيوع الدولية كاحتمال تعرض البائع إلى إعسار أو إفلاس المشتري بالإضافة إلى الأزمات السياسية والكوارث الطبيعية التي قد تؤدي إلى تلف البضاعة المشحونة أو تعيق استيفاء ثمنها.

إن الاعتماد المستندي وسيلة فنية هامة لتسوية تنفيذ البيع عن طريق تقديم المصرف للمشتري الائتمان بناء على طلبه لصالح البائع الذي يحصل على ثمن بضاعته من البنك وهو مطمئن فلا يخشى إعسار البنك ولا يتوقع تماطله عن الدفع[59]. فالاعتماد المستندي يوفر الأمان اللازم لكلا الطرفين ويسمح بتنفيذ العقد المبرم بينهما وكلاهما مطمئن نتيجة للأمان الذي يمنحه البنك[60].

ويقتضي منا تحديد مفهوم الاعتماد المستندي التطرق إلى تعريفه في نقطة أولى، والتعرض إلى أهم خصائصه وأنواعه في نقطة ثانية.

---

[57] عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص112، 113.

[58] انظر، مصطفى ياسين محمد الأصبحي، أحكام عقود البنوك الإسلامية ذات الطابع الدولي، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2009، ص93.

[59] سلطان عبد الله محمود الهواري، المرجع السابق، ص133، 134.

[60] هاني محمد دويدار، المرجع السابق، ص289.

أولا.- تعريف الاعتماد المستندي

يعرف **الاعتماد المستندي** بأنه:" أية ترتيبات مهما كان شكلها أو نوعها يقوم بها البنك (المصدر للاعتماد) بناء على طالب الاعتماد ووفقا لتعليماته بالدفع لشخص ثالث(المستفيد) أو لأمره أو القيام بدفع أو قبول حوالات (سفاتج) خارجية أو سحوبات مسحوبة من قبل المستفيد أو بتخويل مصرف آخر بإجراء تلك المدفوعات أو القيام بدفع أو قبول أو تناول تلك الحوالات الخارجية أو السحوبات وذلك مقابل مستندات معينة بشرط أن تكون مطابقة لنصوص الاعتماد وشروطه"[61]. وعرفه المشرع الإماراتي في المادة 428 من قانون المعاملات التجارية على أنه:" الاعتماد المستندي عقد بمقتضاه يفتح المصرف اعتمادا بناء على طلب عميله(الآمر بفتح الاعتماد) في حدود مبلغ معين ولمدة معينة لصالح شخص آخر(المستفيد) بضمان مستندات تمثل بضاعة مشحونة أو معدة للشحن...".

إن الاعتماد المستندي هو عقد يتعهد بموجبه البنك بفتح اعتماد بناء على طلب أحد عملائه، ويسمى الآمر بفتح الاعتماد لصالح شخص آخر يسمى المستفيد بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة[62]. ويجب أن تتوفر في هذا العقد الأركان العامة لصحة العقد وهي الرضا والمحل والسبب والأهلية، بحيث يترتب على انعدام ركن منها بطلان التصرف بطلاناً مطلقاً؛ وإذا أثر في الإرادة عيب كالغلط أو التدليس أو الإكراه كان التصرف قابلاً للإبطال[63].

ويتميز الاعتماد المستندي بخاصيتين أساسيتين: الأولى توافر الائتمان والضمان بحيث يوفر البنك الأمان لكل من الطرفين فيما يتعلق بتنفيذ العقد. أما الميزة الثانية فهي

[61] سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص127.

[62] مصطفى ياسين محمد الأصبحي، المرجع السابق، ص93.

[63] انظر، عباس مصطفى المصري، عقد الاعتماد المستندي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2005، ص5.

تتمثل في كون الاعتماد المستندي عملية ثلاثية الأطراف؛ إذ تتطلب توافر ثلاثة أطراف المشتري والبنك والبائع المستفيد[64].

ولم ينظم المشرع الجزائري الاعتماد المستندي بصفة صريحة، بل أشار إليه بصفة عامة في قانون النقد والقرض[65] بوصفه يدخل ضمن وسائل الدفع، وهذا ما يتجلى من نص المادة 69 من الأمر 03–11، حيث جاء فيها ما يلي:" تعتبر وسائل دفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل".

بالإضافة إلى ذلك، فإن نص المادة 66 من القانون المذكور أعلاه اعتبر أن وسائل الدفع تدخل ضمن نشاط البنوك مهما كان نوعها، حيث جاء فيها ما يلي:" تتضمن العمليات المصرفية تلقي الأموال من الجمهور وعمليات القرض، وكذا وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل". ولما كان الاعتماد المستندي وسيلة دفع فيجوز التعامل به[66].

وتدعيماً لذلك، وبالرجوع للنظام 07–01 [67] نجد كذلك بأن المشرع الجزائري لم ينص بشكل صريح على نظام الاعتماد المستندي، وإنما أشار إليه أيضاً ضمن وسائل الدفع الخارجية؛ حيث نص في المادة 18 منه على ما يلي:" تشكل وسائل الدفع في مفهوم المادة 17 أعلاه:

- الأوراق النقدية
- الصكوك السياحية

[64] انظر، هاني محمد دويدار، الوجيز في العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص292، 293.

[65] انظر، أمر رقم 03–11 مؤرخ في 2003/08/26 يتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد52، 2003، ص11.

[66] انظر، علودة نجمة دامية، دور المؤسسات المصرفية في التجارة الخارجية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014/12/11، ص89.

[67] انظر، نظام رقم 07–01 مؤرخ في 2007/02/03 يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة. الجريدة الرسمية، العدد31، 2007، ص17.

– الصكوك المصرفية أو البريدية

– خطابات الاعتماد

– السندات التجارية

– كل وسيلة أو أداة دفع مقومة بالعملة الأجنبية القابلة للتحويل بصفة حرة مهما كانت الأداة المستعملة".

وبحسب المادة 27 من النظام 07-01 فإنه يمكن استعمال مجموع المصطلحات التجارية التي تتضمنها أصول وأعراف الغرفة التجارية الدولية في العقود التجارية ما لم تنص الأحكام التشريعية والتنظيمية على خلاف ذلك. ولا شك أن الاعتماد المستندي يدخل ضمن هذه الأعراف باعتباره آلية ضرورية لتسوية عقود التجارة الخارجية المرتبطة بالاستيراد والتصدير[68].

كما نص المشرع الجزائري على تقنية الاعتماد المستندي في نص المادة 69 من قانون المالية لسنة 2014 حيث ورد فيها ما يلي:" لا يتم دفع مقابل الواردات الموجهة للبيع على حالها إلا بواسطة الائتمان المستندي أو التسليم المستندي..."[69].

وهذا على خلاف التشريعات العربية الأخرى التي خصته بأحكام خاصة ضمن نصوص قانون التجارة[70].

---

[68] علودة نجمة دامية، المرجع السابق، ص90.

[69] انظر، قانون رقم 13-08 مؤرخ في 30 ديسمبر2013 يتضمن قانون المالية لسنة 2014، الجريدة الرسمية، العدد68، 2013، ص23.

[70] نظم المشرع الإماراتي الاعتماد المستندي بأحكام خاصة في المواد من 428 إلى 439 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي، وبالنسبة للمشرع المصري

في المواد 341 إلى 350 من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999. أما المشرع الكويتي في المواد 367 إلى 377 من قانون التجارة رقم 68 لسنة 1980.

ثانيا.– أنواع الاعتماد المستندي والآثار القانونية المترتبة عليه

يقتضي فتح الاعتماد المستندي وجود علاقة قانونية سابقة بين البائع والمشتري غالباً ما تتمثل في عقد بيع دولي بين مستورد ومصدر، وقد ألزم المشرع الجزائري المستوردين والمصدرين بضرورة القيام بإجراء التوطين المصرفي لدى البنوك قبل مرحلة التنفيذ المادي للعقد التجاري الدولي. ثم تأتي بعد ذلك مرحلة فتح الاعتماد بناء على طلب الآمر(المستورد). ومن ثم يقوم البنك بإصدار خطاب الاعتماد وتبليغه للمستفيد. وبعدها يتلقى البنك المستندات من المستفيد. وبعد التأكد من فحص تطابق المستندات مع شروط الاعتماد يقوم البنك بدفع مبلغ الاعتماد إلى المستفيد[71]. وسنتعرض فيما يلي إلى أهم أنواع الاعتماد المستندي بالإضافة إلى الآثار القانونية المترتبة عليه كما يلي:

آ.– أنواع الاعتماد المستندي

1.– الاعتماد المستندي القطعي(البات)

يكون الاعتماد المستندي باتاً ما لم يتفق صراحة على قابليته للإلغاء[72]. وفي هذا النوع من الالتزام يلتزم البنك اتجاه البائع التزاماً غير قابل للإلغاء بدفع قيمة الاعتماد. ولا يكون في وسع البنك إلغاء الاعتماد أو تعديله إلا بموافقة جميع الأطراف.

2.– الاعتماد المستندي القابل للإلغاء

تمنح هذه الصيغة للبنك فاتح الاعتماد في أي وقت شاء تعديله أو إلغاؤه دون أن يتحمل أية مسؤولية تجاه المستفيد من الاعتماد[73]. ولهذا السبب فهذا النوع غير مرغوب فيه كثيراً

[71] انظر، معزي صونية، الغش وأثره على الالتزام المصرفي في عقد الاعتماد المستندي في القانون الجزائري، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، العدد العاشر(بدون ذكر السنة)، ص398، 399.

[72] المادة 431 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي. والمادة 2/343 من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999.

[73] سلطان عبد الله محمود الهواري، المرجع السابق، ص131، 132.

لما قد يترتب عن الإلغاء من مشاكل بالنسبة لأطرافه[74]. وإذا قدمت مستندات الشحن مطابقة لبيانات عقد الاعتماد المستندي وشروطه وخلال مدته وقبل إلغائه كان البنك والآمر بفتح الاعتماد مسؤولين بالتضامن قبل المستفيد[75].

ثانياً.- الآثار القانونية للاعتماد المستندي

يرتب عقد فتح الاعتماد المستندي التزامات على عاتق كل من المشتري الآمر بفتح الاعتماد والمؤسسة البنكية، وذلك على النحو الآتي:

آ.- التزامات المشتري:

يقع على عاتق المشتري التزام بتسديد مبلغ الاعتماد بالإضافة إلى عمولة البنك كمقابل للخدمة المقدمة. وفي حالة امتناع المشتري عن الوفاء بقيمة الاعتماد يستطيع البنك الامتناع عن تسليم المستندات إليه ويصبح في مركز الدائن المرتهن لهذه المستندات.

ب.- التزامات البنك:

قبل أن يقوم المصرف بفتح الاعتماد المستندي يقع على عاتقه التزام بتدقيق سندات البضاعة والتأكد من صحتها متوخياً الحذر في التعامل مع العميل الآمر بفتح الاعتماد. كما يجب عليه إبلاغ البائع[76] بخطاب اعتماد[77]. ويلتزم البنك في مواجهة المستفيد بالوفاء بقيمة الاعتماد[78].

---

[74] انظر، عبد المطلب عبد الحميد، البنوك الشاملة(عملياتها وإدارتها)، الدار الجامعية، الإسكندرية، (بدون سنة)، ص257.

[75] المادة 2/432 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي.

[76] سلطان عبد الله محمود الهواري، المرجع السابق، ص138، 139.

[77] يعرف خطاب الاعتماد بأنه:"وثيقة مصرفية يصدرها المصرف موجهة إلى المستفيد تتضمن بيانات واضحة وكاملة عن شروط الاعتماد التي يجب على المستفيد مراعاتها لكي يتسنى له الانتفاع من الاعتماد المفتوح". سلطان عبد الله محمود الهواري، نفس المرجع، ص145.

[78] هاني محمد دويدار، المرجع السابق، ص298.

الفرع الثاني: تطبيق قانون البنك على عقد الاعتماد المستندي

لا تثور أي مشكلة في حالة اختيار أطراف العملية البنكية صراحة القانون الواجب التطبيق، ولكن الصعوبة تثور في الفرض الذي تنتفي فيه الإرادة المعلنة. وتفادياً لهذا الإشكال فإن الحل يكون بتطبيق قانون دولة البنك القائم بالعملية. باعتباره تفسيراً للإرادة الضمنية للأطراف وباعتباره أيضاً القانون الذي يحقق الأداء الجوهري أو المميز في العمليات البنكية.

ولا شك أن قانون البنك هو الأكثر تأهيلاً وملائمة لحكم هذه العمليات، لأن عقود العمليات البنكية ليست مجرد عقود عادية يقتصر أثرها على أطرافها فحسب؛ وإنما هي عمليات مصرفية لها وظيفة اقتصادية ومالية هامة داخل الدولة الأمر الذي يقتضي إخضاعها لقواعد آمرة ولا يتحقق ذلك إلا بتطبيق قانون البنك[79]. وسنتعرض فيما يلي إلى دراسة أسباب اختيار قانون البنك بوصفه قاعدة إسناد تحكم عقد الاعتماد المستندي. بالإضافة إلى نطاق تطبيق قانون البنك الذي يحكم عقد الاعتماد المستندي. وأخيراً موانع تطبيق التزام البنك في عقد الاعتماد المستندي.

أولا.– أسباب اختيار قانون البنك بوصفه قاعدة إسناد تحكم عقد الاعتماد المستندي

إن البنك هو الطرف الأساسي في العقد المصرفي، وهذا راجع للدور الفعال الذي يقوم به في العملية المصرفية؛ وعليه فإن أداء البنك يعد الأكثر تمييزاً؛ وعلى هذا فإن قانون البنك يكون هو أكثر القوانين الملائمة لحكم العقد المصرفي. ودعماً لهذا الرأي فإن أغلب العقود المصرفية عبارة عن عقود نموذجية معدة سلفاً سواء تعلق الأمر بعقد الحساب الجاري أو الاعتماد المستندي... وغيرها من العقود. فيجب أن تخضع لتنظيم قانوني واحد وهو قانون البنك[80].

[79] عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص109، 110.

[80] عصام الدين القصبي، المرجع السابق، ص406، 407.

إن تطبيق قانون البنك تؤيده جملة من العوامل القانونية والاقتصادية والفنية التي تجعل منه أكثر القوانين الملائمة لحكم عمليات البنوك. فإذا ما تم تطبيق قانون البنك فإن هذا التطبيق يكون متوقعاً من قبل الطرف الآخر. بخلاف ما إذا تم إخضاعه لقانون آخر مختلف. وهذا على الرغم من أن قانون البنك قد لا يوفر حماية أكبر للبنك فيجب تطبيقه بغض النظر عن مستوى الحماية وحتى لو كان يحقق مصلحة أكبر للعميل على حساب البنك .

كما أن أوصاف العمليات البنكية ومبالغ الاعتماد ومدتها هي مسائل يختص بها البنك ويحددها وفقاً للمبادئ القانونية الموجودة في الدولة التي يعمل فيها ووفقاً للواقع الاقتصادي والنقدي في الدولة[81]. فالقانون الواجب التطبيق يتحدد بمقتضى فكرة الأداء المميز التي تقوم على تكريس الحل الملائم لطبيعة العقد ومحل الأداء المميز[82] فيه الذي يكشف لنا عن أكثر القوانين اتصالاً بالعقد وعادة ما يكون هذا القانون متوقع من قبل أطراف العملية البنكية[83].

ثانيا.– نطاق تطبيق قانون البنك الذي يحكم عقد الاعتماد المستندي

يثير الاعتماد المستندي عدة روابط قانونية متعددة ولا يتصور إخضاعها جميعاً لقانون واحد، وبالتالي يمكن أن يخضع لتطبيق قانون آخر غير قانون البنك أو عدة قوانين أخرى . وعليه فالقانون الواجب التطبيق هو قانون الإرادة الذي اختاره أطراف العملية البنكية صراحة متى كانت تربطه صلة حقيقية بالعملية البنكية. وإذا لم تكن الإرادة معلنة فيمكن استخلاص الإرادة الضمنية المؤكدة التي يقصد من خلالها الأطراف اعتبار قانون معين وإذا تعذر ذلك يتعين تطبيق قانون البنك.

[81] عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 122 وما بعدها.

[82] يختلف تحديد مدلول الأداء المميز كقاعدة عامة تبعا لنوع العقد وتماشياً مع طبيعته الخاصة. انظر، حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 430.

[83] عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 147، 149.

إن عملية تحديد القانون الواجب التطبيق على الاعتماد المستندي عملية معقدة وصعبة، لأن انشاء الاعتماد المستندي عملية مركبة وتثير أكثر من علاقة؛ وهو الأمر الذي سنبينه من خلال ما يلي:

آ.– القانون الذي يحكم علاقة البنك بالبائع(المستفيد)

يسري عليها قانون المكان الذي يوجد فيه البنك أو الفرع الذي يقوم بتنفيذ العملية بوصفه قانون مكان التنفيذ ما لم يوجد اتفاق بين الأطراف على قانون معين لحكم العلاقة علماً بأن الأخذ بقانون مكان التنفيذ يتفق مع الاتجاه الدولي في الأوراق التجارية والشيك طبقاً لاتفاقيتي جينف 1930–1931.

ب.– القانون الذي يحكم علاقة البنك بالآمر(المشتري)

وهنا لا بد من التمييز بين حالتين:

أ) الحالة التي يكون فيها مصرف البائع هو الذي ينفذ العملية: يخضع الاعتماد المستندي في هذه الحالة لقانون مكان التنفيذ وهو عادة قانون المكان الذي يتم فيه البيع.

ب) الحالة التي يكون المصرف فيها فاتح الاعتماد هو القائم بالتنفيذ: يسري قانون دولة المصرف على الاعتماد المستندي ويطبق هذا الحكم في الحالة التي يكون مصرف واحد هو فاتح الاعتماد وفي الوقت نفسه هو المنفذ.

أما في حالة الاعتماد المستندي الذي ينفذه أكثر من مصرف، فذهب رأي إلى القول بتطبيق قانون المصرف المصدر للاعتماد(أي قانون مصرف المشتري). وقد انتقد هذا الرأي على أساس أنه لا يوفر الحماية للبائع، لأنه غالباً ما يكون مجهولاً من قبل البائع. وعليه فإن

الحل الأمثل هو تطبيق قانون المصرف المنفذ للاعتماد[84] باعتباره القانون الذي يحمي توقعات الأطراف[85].

ثالثا.– موانع تطبيق التزام البنك في عقد الاعتماد المستندي

الأصل أن عقد الاعتماد المستندي مستقل عن العقد الذي فتح بسببه ويبقى البنك أجنبياً عن هذا العقد[86]. ويلتزم البنك فاتح الاعتماد بتنفيذ التزامه إذا كانت المستندات التي تمثل البضاعة مطابقة لما ورد في بيانات وشروط هذا العقد[87]. فالبنك يلتزم بفحص المستندات للتحقق من أنها بحسب ظاهرها مطابقة للمستندات المطلوبة في خطاب الاعتماد، ويخرج عن نطاق التزامه التحقق من مطابقة البضاعة ذاتها للمستندات التي تمثلها[88]. ولا مسؤولية على البنك إذا كانت المستندات في ظاهرها مطابقة للتعليمات التي تلقاها من الآمر[89].

وفي الحقيقة، فإن مبدأ استقلالية الالتزام المصرفي يعتبر ضمانة أساسية لتجسيد دور أكبر للاعتماد المستندي في تسوية عقود التجارة الدولية[90]. ولكن في حالة ثبوت الغش فقد جرى العمل القضائي المغربي على حظر صرف قيمة الاعتماد التي كان قد التزم بها البنك بموجب الأثر المترتب على العلاقة بين المشتري الآمر والبائع المستفيد. وهذا ما يستشف

[84] سلطان عبد الله محمود الهواري، المرج السابق، ص 157 وما بعدها.

[85] انظر، سماح يوسف إسماعيل السعيد، العلاقة بين أطراف عقد الاعتماد المستندي، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007، ص147.

[86] الفقرة الثانية من المادة 428 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي. والمادة 2/341 من قانون التجارة المصري.

[87] المادة 430 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي. والمادة 342 من قانون التجارة المصري.

[88] المادة 437 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي.

[89] المادة 348 من قانون التجارة المصري.

[90] معزي صونية، المرجع السابق، ص409.

من المبدأ الذي استقر عليه الأمر الاستعجالي رقم 48/469 الصـادر عن قاضي الأمور المستعجلة بالمحكمة التجارية بالبيضاء حيث جاء فيه ما يلي:"...

– يمكن للمؤسسة المصرفية حظر صرف قيمة الاعتماد بمجرد ثبوت الغش، وتخول لها هذه الإمكانية إما بصفة تلقائية بعد إشعارها من طرف الآمر أو بمقتضى أمر قضائي قاضي بالتعرض الصرفي.....نعم

– الأمر بإيقاف صرف الاعتماد المستندي، يكتسي حجية مؤقتة اقتضتها حالة الاستعجال الرامية إلى دفع خطر الضرر الحال والمحقق عن المشتري الآمر.....نعم"[91]. وذات الموقف تبنته نفس المحكمة في قضية أخرى تتعلق بالغش في الاعتماد المستندي، حيث جاء في حيثيات الأمر الاستعجالي رقم 99/62 أنه:" ... بعد الاطلاع على وثائق الاعتمادات المستندية والفاتورات وعلى الأثمان المحددة فيها وعلى عدد الآلات موضوع وثائق الاعتمادات المستندية تبين أن البضاعة المرسلة غير مطابقة للوثائق، وأن القيمة المذكورة في الفاتورات غير مطابقة للقيمة الحقيقية للبضاعة المرسلة وتنطوي على غش متعمد سواء من حيث ثمن الوحدة أو من حيث عدد البضاعة المرسلة. حيث أن البائعة لجأت إلى ذلك لتستفيد من صرف الاعتمادات المقررة لفائدتها...

وحيث أن الفقه والقضاء بفرنسا سواء على صعيد المحاكم التجارية أو محاكم الاستئناف أو محكمة النقض الفرنسية استقرا على أنه إذا كان الاعتماد المستندي مستقل عن عقد البيع ولا تأثير لأحدهما على الآخر، فإنه يستثنى من هذه القاعدة حالة استعمال الغش، وأنه في هذه الحالة يحق للبنك مصدر الاعتماد أن يمتنع من صرف قيمته لفائدة المستفيد. إن

[91] انظر، أمر استعجالي رقم 48/469، ملف استعجالي 98/1/705 بتاريخ 19 شتنبر 1998، مقتبس عن، سلسلة بنباصر للدراسات القانونية والأبحاث القضائية، الدليل القضائي والتشريعي في ميدان الاعتماد المستندي،(أمر استعجالي غير منشور)، ص78، **www.adala.justice.gov.ma/production/Etudes**

النتيجة المنطقية لهذا العمل غير المشروع أن يشل صرف الاعتماد، وهو نفس الاتجاه الذي يسري عليه القضاء المغربي وخاصة محكمة الاستئناف بالدار البيضاء..."[92].

وبالنسبة للقانون الجزائري، فلا يوجد ما يمنع المشتري من اللجوء إلى المحكمة من أجل طلب إجراء الحجز التوقيفي لمبلغ الاعتماد المستندي بسبب ثبوت حالة الغش وهذا رغم صعوبة الاستناد للقواعد العامة في هذا الشأن؛ والتي لا تراعي خصوصية عقد الاعتماد المستندي كونه عقد من نوع خاص، إضافة إلى الاختلافات الفقهية والقضائية القائمة حول تحديد مفهوم الغش، والمعيار المعتد به لوقف صرف مبلغ الاعتماد[93].

وأخيراً، فإن القاضي يستبعد قانون البنك باعتباره القانون الواجب التطبيق إعمالاً لمقتضيات الدفع بالنظام العام خاصة إذا تعلق الأمر بتطبيق قوانين أجنبية على معاملات مصرفية إسلامية كعقود المرابحة مثلاً، ولكن بالنسبة لعقد الاعتماد المستندي فيصعب تطبيق ذلك، نظرا لكون القواعد التي تنظم الاعتماد المستندي هي في الأصل قواعد وأعراف موحدة عالمياً[94].

خاتمة

تخضع العمليات البنكية من حيث الأصل إلى قانون الإرادة بوصفها عقوداً، وفي حالة غياب الإرادة الصريحة فإن تطبيق ضوابط الإسناد الاحتياطية تعتريه بعض الصعوبات كما رأينا. وهذا ما جعل الفقه يتجه نحو تطبيق قانون البنك بوصفه القانون الذي يحقق نظرية الأداء المتميز. ورغم ذلك، فإن تطبيق قانون البنك تواجهه أيضاً بعض الصعوبات الأخرى

[92] انظر، أمر استعجالي، المحكمة التجارية بالبيضاء، عدد99/62، ملف استعجالي رقم 99/157 بتاريخ 1999/01/22(امر استعجالي غير منشور)، ص89، مقتبس عن، سلسلة بنباصر للدراسات القانونية والأبحاث القضائية، الدليل القضائي والتشريعي في ميدان الاعتماد المستندي، **www.adala.justice.gov.ma/production/Etudes**

[93] انظر، معزي صونية، المرجع السابق، ص409.

[94] انظر، عصام الدين القصبي، المرجع السابق، ص429، 430.

كما في حالة الاعتماد المستندي الذي يصدره أكثر من مصرف واحد حيث يصعب تصور تطبيق قانون واحد بشأنها.

إن تطبيق قانون البنك يدخل ضمن طائفة القوانين التي تهدف إلى حماية الائتمان العام، ولهذا فهو يندرج ضمن القوانين المسماة بالقوانين ذات التطبيق الفوري وهي قواعد قانونية موجودة في قانون دولة القاضي ترفض أن يزاحمها في حكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي أية قواعد أجنبية أخرى. فالقانون الواجب التطبيق يتحدد بمقتضى فكرة الأداء المميز التي تقوم على تكريس الحل الملائم لطبيعة العقد ومحل الأداء المميز فيه الذي يكشف لنا عن أكثر القوانين اتصالاً بالعقد دون إخلال بتوقعات أطراف العملية البنكية.

لقد أصبحت الدولة تتدخل في تنظيم عمليات البنوك بقواعد آمرة لا يمكن للأفراد الاتفاق على مخالفتها تجسيداً لفكرة النظام العام الاقتصادي وبالتالي انحسر دور مبدأ سلطان الإرادة في مجال عمليات البنوك الأمر الذي يفسح المجال لتطبيق قواعد التطبيق الفوري والمباشر لانسجامها مع طبيعة العمليات البنكية وفقاً للأحكام القانونية السارية في الدولة التي يوجد فيها البنك والتي تراعي الواقع الاقتصادي والنقدي في الدولة.

وأخيراً، فإنه يتوجب السعي نحو توحيد القواعد القانونية التي تحكم عمليات البنوك خاصة بالنسبة للحساب الجاري والاعتماد المستندي؛ وذلك بالنظر لدورهما الكبير في توسيع حركة تداول رؤوس الأموال ومعاملات التجارة الخارجية. وبهذا تتحقق درجة كبيرة من الاستقرار التشريعي مما يساعد على توفير المناخ الملائم لجذب الاستثمار. كما يجب أن تراعي هذه القوانين مصالح أطراف العملية البنكية من جهة، ومتطلبات حماية النظام العام الاقتصادي من خلال تطبيق القوانين ذات التطبيق الفوري، حيث يمكن الاستعانة بهذا المنهج للقيام بدور حمائي؛ وذلك بالاعتماد على قواعد آمرة تستجيب لطبيعة النشاط المصرفي. وهذا يعد بمثابة استثناء على قاعدة حرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق.

قائمة المراجع:

1.- المؤلفات:

- عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007.
- إلياس ناصيف، العقود المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، لبنان، 2012.
- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي للأسناد التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.
- سلطان عبد الله محمود الجواري، القانون الواجب التطبيق على الحساب الجاري والاعتماد المستندي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2010.
- محفوظ لعشب، الوجيز في القانون المصرفي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- عزيز العكيلي، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، الجزء الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
- مصطفى ياسين محمد الأصبحي، أحكام عقود البنوك الإسلامية ذات الطابع الدولي، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2009.
- عباس مصطفى المصري، عقد الاعتماد المستندي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2005.

هاني محمد دويدار، الوجيز في العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.

- فائق محمود الشماع، الحساب المصرفي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2003.
- عبد المطلب عبد الحميد، البنوك الشاملة(عملياتها وإدارتها)، الدار الجامعية، الإسكندرية، (بدون ذكر السنة).
- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.

2.– المقالات العلمية:

– يوسف عودة غانم، الأثر التجديدي للحساب الجاري، مجلة جامعة ذي قار، العراق، العدد 04، المجلد 2، آذار، 2007.

– معزي صونية، الغش وأثره على الالتزام المصرفي في عقد الاعتماد المستندي في القانون الجزائري، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، العدد العاشر،(بدون ذكر السنة).

3.–ا لملتقيات العلمية:

– عصام الدين القصبي، القانون الواجب التطبيق على عقود المعاملات الإسلامية، المؤتمر العلمي السنوي الرابع عشر، " المؤسسات المالية الإسلامية، معالم الواقع وآفاق المستقبل، كلية الشريعة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 15–17 مايو 2005، ص399، 400. www.slconf.uaeu.ac.ae

4.– الرسائل العلمية:

– علودة نجمة دامية، دور المؤسسات المصرفية في التجارة الخارجية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014/12/11.

– سماح يوسف إسماعيل السعيد، العلاقة بين أطراف عقد الاعتماد المستندي، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007.

5.– الأحكام القضائية:

– أمر استعجالي رقم 48/469، ملف استعجالي 98/1/705 بتاريخ 19 شتنبر 1998، سلسلة بنباصر للدراسات القانونية والأبحاث القضائية، الدليل القضائي والتشريعي في ميدان الاعتماد المستندي،(أمر استعجالي غير منشور)، www.adala.justice.gov.ma/production/Etudes

– أمر استعجالي، المحكمة التجارية بالبيضاء، عدد99/62، ملف استعجالي رقم 99/157 بتاريخ 1999/01/22(امر استعجالي غير منشور)، سلسلة بنباصر للدراسات القانونية والأبحاث القضائية، الدليل القضائي والتشريعي في ميدان الاعتماد المستندي، **www.adala.justice.gov.ma/production/Etudes**

6.- **النصوص القانونية:**

- القانون التجاري الجزائري الصادر بالأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.
- قانون رقم 13-08 مؤرخ في 30 ديسمبر2013 يتضمن قانون المالية لسنة 2014، الجريدة الرسمية، العدد68، 2013،
- قانون التجارة الكويتي رقم 68 لسنة 1980.
- قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999.
- قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966.
- قانون التجارة العراقي الصادر بالقانون رقم 30 لسنة 1984.
- قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم 18 لسنة 1993.
- قانون التجارة اللبناني مرسوم اشتراعي رقم 304 – صادر في 1942/12/24.
- قانون التجارة الكويتي رقم 68 لسنة 1980 بإصدار قانون التجارة.
- أمر رقم 03-11 مؤرخ في 2003/08/26 يتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد52، 2003.
- نظام رقم 13-01 مؤرخ في08 أبريل 2013 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية. الجريدة الرسمية، العدد29، 2013.
- نظام رقم 07-01 مؤرخ في 2007/02/03 يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة. الجريدة الرسمية، العدد31، 2007،